الجزء الثانى من شرح الكنز تأليف الشيخ الامام
العالم العلامة عمدة المحققين والمحدثين
أبى محمد محمود العينى تغمده الله
تعالى برحمته وأسكنه
فسيح جنته
٢

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

بسم الله الرحمن الرحيم

(هذا) (كتاب) في بيان أحكام (البيوع)

وفي بعض النسخ البيع والاصل أن لا يجمع البيع لانه مصدر فيتناول القليل والكثير والذي يجمعه ينظر الى الانواع التي تحته، وهو في اللغة مطلق المبادلة وفي الشرع (هو) أي البيع (مبادلة المال) بالمال (بالتراضي) فان وجدت المبادلة بلا تراض لا يكون بيعا شرعيا لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض (ويلزم) أي ينعقد البيع انعقادا لازما (بايجاب وقبول) بصيغة المضي كقول البائع بعت والمشتري اشتريت لان الشرع اعتبر الاخبار انشاء في جميع العقود فينعقد به وقال الشافعي لا يلزم بذلك بل لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا وبه قال أحمد في رواية ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري واثبات الخيار لاحدهما يستلزم ابطال حق الآخر فينتفي بقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام والحديث محمول على خيار القبول فانه اذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم يأخذا في عمل آخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده أو قبله مجازا كسائر أسماء الافعال مثل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال هذا تأويل محمد وقال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وينعقد البيع أيضا بكل لفظ يدل على معنى الايجاب والقبول مثل قوله في الايجاب خذ هذا بألف أو أعطيتك أو هذا لك بكذا وكذا في القبول اشتريت وقبلت ورضيت وأجزت وأخذت وما أشبه ذلك ولا فرق بين أن يكون البادي المشتري أو البائع (و) يلزم أيضا (بتعاط) سواء كان في نفائس السلع أو خسائسها في الاصح وعن الكرخي جواز ذلك في الخسائس دون النفائس وهو قول أحمد وعند الشافعي لا ينعقد بالتعاطي مطلقا ثم

قوله كسائر أسماء الافعال هكذا بخطه والصواب أن يقول كسائر أسماء الفاعلين كما قاله الزيلعي رحمه الله لان المتبايع اسم فاعل لا اسم فعل تدبر اهـ من هامش

اختلفوا

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

اختلفوا فيما يتم به التعاطى قيل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد الى أنه يكتفى بتسليم المبيع (وأى) واحد من المتعاقدين (قام عن المجلس قبل القبول) بعد ايجاب أحدهما (بطل الايجاب) لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى وعند الشافعى خيار القبول لا يمتد الى آخر المجلس بل هو على الفور قلنا انه يحتاج الى التروى والتفكر فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة وفيما قاله حرج بين وهو مدفوع بالنص (ولا بد من معرفة قدر) مبيع وثمن (ووصف ثمن غير مشار) اليه لان جهالتهما تفضى الى المنازعة كما فى السلم فان معرفة قدر المسلم فيه شرط لجواز العقد والحاصل أن الاعواض اذا كانت غير مشار اليها سواء كان ثمنا أو مثمنا يشترط فيها معرفة المقدار فى المبيع ومعرفة مقدار الثمن ووصفه وأما اذا كانت مشارا اليها فلا يشترط ذلك أشار اليه بقوله (لا) يحتاج الى معرفة القدر فى المبيع والثمن ووصفه فى الذى هو (مشار) اليه لعدم الافضاء الى المنازعة لكن هذا فى غير الاموال الربوية وأما فى الاموال الربوية فاذا قوبلت بجنسها فان العقد لا يجوز مع جهالة القدر فيها لاحتمال الربا (وصح) البيع (بثمن حال) بتشديد اللام (وبأجل معلوم) اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لاطلاق النص واذا كان الاجل مجهولا فسد العقد (ومطلقه) أى مطلق الثمن أراد أن يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمى قدره بان قال عشرة دراهم مثلا (يقع على النقد الغالب) فى البلد لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص (وان اختلفت النقود) فى البلد ولكن كان الكل فى الرواج سواء وفى المالية مختلفة (فسد) البيع للجهالة (ان لم يبين) فاذا بين ارتفع الفساد فان كانت فى الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد وان كانت فى المالية سواء جاز البيع كيفما كان غير أنه ان كان أحدهما أروج انصرف اليه وان كانت فى الرواج سواء كالاحادى والثنائى والثلاثى جاز لان مالية كل واحد درهم لان الثنائى كل اثنين منه درهم والثلاثى كل ثلاثة منه درهم فاستوى الكل فى كونه درهما واحدا فى الحقيقة وان اختلفت فى الصورة ونظيره الكاملى والعادلى والظاهرى والمنصورى والناصرى اليوم بمصر هكذا قال الشارح قلت فى هذا الحال نخرج درهم يقال له نوروزى وآخر يقال له حكمى وعندهم عتيق يقال له ظاهرى وآخر يقال له بندقى فالدرهم الظاهرى يباع بثمانية دراهم من الفلوس والنوروزى يباع منه درهم بدرهمين من الفلوس أو ثلاثة وفيه شئ لا يساوى درهما فلوسا والحكمى أزيد منه يسير فحينئذ لا بد من التعيين ثم ظهر درهم يقال له مؤيدى كل درهم منه يباع بثمانية عشر درهما من الفلوس وأبطل غيره من الدراهم ما خلا الظاهرى العتيق فانه كان يباع منه درهم بعشرة وأقل وأكثر ففى هذا أيضا لا بد من التعيين والا فسد العقد (ويباع الطعام كيلا) أى من حيث الكيل (و) يباع أيضا (جزافا) لان بكل منهما يصير معلوما أما المكايلة فظاهر وأما الجزاف فلانه بالاشارة ترتفع الجهالة ومراده أن يبيعه بخلاف جنسه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع وقال فى خلاصة الفتاوى أدنى ما يكون مال الربا نصف صاع حتى اذا باع منا من حنطة بمن ونصف من يجوز ونقل فى الفتاوى الصغرى عن المعلى بن منصور عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم فى الكثير فالقليل منه حرام (و) يباع أيضا (باناء

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

أو حجر بعينه لم يدر قدره) لان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف وأما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل فيه وكذا اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره (ومن باع صبرة) وهى اسم لكوم من الحب (كل صاع) بالنصب بدل من صبرة أى باع كل صاع من صبرة (بدرهم صح) البيع (فى صاع) واحد عند أبى حنيفة وقالا جاز فى الكل لان المبيع معلوم بالاشارة الى الجملة والثمن معلوم بالعد وبه قالت الثلاثة وله أن المعلوم هو صاع واحد والباقى مجهول فان سمى جملة الصيعان أو كيلت الصبرة فى المجلس صح البيع وثبت للمشترى الخيار أما قبل التسمية والكيل ففى صاع واحد وأما بعدهما ففى الكل وان علم ذلك بعد الافتراق فسد البيع (ولو باع ثلة) بفتح الثاء المثلثة وتشديد اللام وهى القطيع من الغنم (أو) باع (ثوبا كل شاة) بدرهم (أو) كل (ذراع بدرهم فسد) البيع (فى الكل) عند أبى حنيفة وعندهما يجوز فى الكل والدليل ما مر (ولو سمى الكل) بأن قال مائة شاة مثلا بمائة درهم أو مائة ذراع بمائة (صح) البيع (فى الكل) يعنى فى فصل الصبرة وفصل الشاة ونحوهما لزوال المانع (ولو نقص كيل) فيما اذا باع صبرة وسمى جملتها بأن قال بعتكها على انها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة (أخذ) الموجود (بحصته) ان شاء (أو فسخ) البيع لتفرق الصفقة عليه (وان زاد) الكيل فيما ذكرنا (فللبائع) أى فالزائد للبائع لانه لم يدخل فى البيع الا قدر المسمى فبقى على ملكه (ولو نقص ذراع) فيما اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا (أخذ) الموجود (بكل الثمن) ان شاء (أو ترك) والاصل فيه ان الذراع فى المذروعات وصف والكيل فى المكيلات أصل فلا ينقسم الثمن على الاوصاف الا عند التعيين على ما يجئ ان شاء الله تعالى غير أنه وجده ناقصا فيثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه (وان زاد) الذراع فيما ذكرنا (فللمشترى) أى فهو للمشترى بذلك الثمن لما ذكرنا (ولا خيار للبائع) كما اذا شرط معيبا فوجده سليما (ولو قال) البائع (كل ذراع بكذا) بأن قال بعتكه على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا (ونقص) الذراع فيما ذكرنا (أخذ) الموجود (بحصته) ان شاء (او ترك) لفوات الوصف المرغوب فيه (وان زاد) الذراع فيما ذكرنا (اخذ كله كل ذراع بكذا) أى بدرهم مثلا بمثل ما قال فى الاول ان شاء (أو فسخ) البيع لان الذراع وان كان وصفا لكنه صار أصلا بالتعيين كما ذكرنا وثبوت الخيار لتفرق الصفقة عليه (وفسد بيع عشرة أذرع) من مائة ذراع (من دار) أو من حمام عند أبى حنيفة وقالا يجوز لان عشرة أذرع من مائة ذراع عشرها فأشبه السهم وبه قالت الثلاثة وله أن الذراع اسم لما يذرع به ويستعار لما يحل الذراع فيه وانه لا يكون الا معلوما فكأنه باع ما هو معين وهو مجهول فى نفسه فلم يصح بخلاف السهم لانه اسم للشائع غير المعين فافترقا (لا) يفسد بيع عشرة (أسهم) من دار لما ذكرنا قال الشارح هذا مشكل فانه لو باع عشرة أسهم من دار أو غيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا يعرف نسبته الى جميع الدار قلت لا نسلم ذلك لان اسهم الدار معلومة فيعلم نسبة العشرة اليه ضرورة ولئن سلمنا فمراده عشرة أسهم من مائة سهم ونحوه مثلا فافهم (وان

اشترى

اشترى) رجل (عدلا) بكسر العين أى حملا من الثياب (على انه عشرة أثواب) بعشرة دنانير ولم يبين ثمن كل ثوب (فنقص) العدل عن العشرة (أو زاد) عليها (فسد) البيع لجهالة المبيع فى الزيادة وجهالة الثمن فى النقصان (ولو بين) المشترى (ثمن كل ثوب) فى المسئلة المذكورة (ونقص المسمى (صح) البيع (بقدره) أى بقدر الموجود لان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل فى المعدوم وعن أبى حنيفة أنه يفسد لانه جمع بين معدوم وموجود فى صفقة واحدة (وخير) المشترى لفوات الوصف المرغوب (وان زاد) المسمى (فسد) البيع لانه تبقى الجهالة فى المردود فيؤدى الى المنازعة (ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه) أى أخذ المشترى الثوب (بعشرة) دراهم (فى) كونه وجد (عشرة اذرع (ونصف) ذراع (بلا خيار) له (و) يأخذه (بتسعة) دراهم (فى) كونه وجد (تسعة) أذرع (ونصف) ذراع ولكن يأخذه ان شاء وهو معنى قوله (بخيار) وهذا كله عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يأخذه فى الاول باحدى عشر وفى الثانى بعشرة ويخير فى الوجهين وقال محمد يأخذه فى الاول بعشرة ونصف وفى الثانى بعشرة الا نصفا ويخير فيهما لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف والخيار يثبت لئلا يتضرر ولابى يوسف أنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على أنه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شئ من الثمن ثم يخير لعدم تمام رضاه ولابى حنيفة ان الذراع فيه وصف فى الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير فى فصل الزيادة لانه مخالفة الى خير وفى النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه * هذا (فصل) فى بيان ما يدخل فى البيع من غير ذكر وما لا يدخل وغيره (يدخل البناء والمفاتيح) جمع مفتاح (فى بيع الدار) لان العرف يطلق اسم الدار على العرصة والبناء والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل فى البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح وفى الفتاوى الصغرى وفى المفتاح القياس ان لا يدخل وفى الاستحسان يدخل ثم قال والسلم اذا كان غير متصل لا يدخل وفى فتاوى الولوالجى اذا باع بيتا وعليه قفل لا يدخل القفل فى البيع لان القفل لم يلحق بالباب ليدخل تحت البيع بخلاف المفتاح (و) يدخل (الشجر فى بيع الارض) لانه متصل بها للقرار واختلفوا فى شجر غير مثمر وفى شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمرة تقلع للحطب والخشب ليبنى عليها والصغيرة تنقل عن مكانها فصار كالزرع وقيل يدخلان لان نهايتهما ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع وفى الخلاصة والقطن كالزرع لا يدخل وأما أصل القطن فاختلف المشايخ فيه والصحيح انه لا يدخل وأما الكراث ان كان ظاهرا فانه لا يدخل وان كان مغيبا فانه يدخل وشجرة الخلاف والغرب للمشترى وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع أصله حتى كان شجرا وأصل الآس والزعفران للبائع والقصب فى الارض كالثمر والرطبة التى يقال لها سبست كالثمر وأما عروقها فتدخل فى البيع وقوائم الخلاف تدخل فى البيع وقوائم الباذنجان كذلك وفى فتاوى الولوالجى رجل اشترى كرما وفيه ورق التوت والورد لا يدخل فى ذلك البيع لانه بمنزلة الثمر

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

وقوله (بلاذكر) يتعلق بقوله يدخل فى المسئلتين أى بلاذكر هذه الاشياء فى البيع والاصل فى هذا الباب ان كل شئ متصل بالبيع اتصال قرار يدخل فى البيع تبعا والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغيرا لمتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره فى الكافى وهذا فى عرفهم وفى عرف أهل مصر ينبغى أن يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل فى بيع الدار عند أبى حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل فى البيع بغير شرط للعرف الا أن تكون ثيابا مرتفعة ولبس العرض لا يدخل الا بالشرط وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والبرذعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف السرج واللجام والحبل المشدود على قرن البقر والجل لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا (ولا يدخل الزرع فى بيع الارض بلا تسمية ولا) يدخل (الثمر فى بيع الشجر الا بالشرط) لان اتصالهما ليس للقرار فصار كالمتاع الموضوع فى الدار ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل فى البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى وعند الثلاثة لو لم تكن الثمرة مؤبرة تدخل والا فلا (ويقال للبائع اقطعهما) أى اقطع الزرع والثمرة (وسلم المبيع) أى الارض والشجر لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعى يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفى العادة أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع وبه قال أحمد ومالك ولنا أن التسليم واجب بحكم العقد بخلاف الاجارة لانها للانتفاع فيترك بأجر ألا ترى أنه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفى الاجارة تدخل من غير شرط ولا فرق بين ما اذا كان للثمر أو الزرع قيمة أو لم يكن فى الصحيح ويكون فى الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز فى الحالين فى الاصح فكذا لا يدخلان فى بيع الارض والشجر تبعا وأما اذا بذر فى الارض ولم ينبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار فى كل ما ذكرنا من الاحكام وأشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار فى الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق (ومن باع ثمرة بدا) أى ظهر (صلاحها أو لا) أى أو لم يبد (صح) البيع لانه مال متقوم منتفع به فى الحال أو فى المآل وقيل لا يجوز قبل أن يصير منتفعا به والاول أصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به فى المآل فصار كالاطفال والجحش وعند الثلاثة لا يجوز قبل الادراك الا اذا شرط القطع (ويقطعها) أى الثمرة (المشترى فى الحال) تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط) المشترى (تركها) اى ترك الثمرة (على النخل فسد) البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وكذا بيع الزرع بشرط الترك وكذا اذا تناهى عظمها عندهما وقال محمد لا يفسد للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم

وعند

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

وعند الثلاثة لا يفسد البيع اذا شرط تركها على الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل للمشتري وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته وتعرف الزيادة بالتقويم يوم البيع والتقويم يوم الادراك فالزيادة تفاوت ما بينهما وان كان تركها بعد تناهي عظمها لا يتصدق بشيء لان التغير في حال الثمرة لا في ذاتها فان الشمس تنضجه و يأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخيل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل والاجارة باطلة لعدم التعارف فيبقى الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من أجرة المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود أكثر خاصة ان لهذه المسائل ثلاث صور احداها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق والثانية أن لا يخرج شيء منه فلا يجوز اتفاقا والثالثة أن يخرج بعضها دون بعض فلا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا للضرورة وكان شمس الائمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز (ولو استثنى منها) أي من الثمرة المبيعة سواء كانت مجدودة أو غير مجدودة (ارطالا معلومة صح) البيع لان المبيع معلوم بالاشارة والمستثنى معلوم بالعبارة وبه قالت الثلاثة وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز واليه ذهب الطحاوي لان الباقي بعد استثناء المعلوم مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة (كبيع بر) أي كما يصح بيع بر (في سنبله و) بيع (باقلا في قشره) لانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه مستور غائب عن البصر فلا يجوز كبيع بذر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج ولنا ما قلنا وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وسائر الحبوب المغلفة فان قلت روى مسلم واحمد وغيرهما أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة قلت المراد به السلم يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس الا ترى الى ما رواه البخاري ومسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو أجرى على اطلاقه كان حجة لنا أيضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعد ما أبيض مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك (واجرة الكيال على البائع) فيما اذا بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البائع لان هذه الاشياء من تمام التسليم وهو على البائع فكذا تمامه (واجرة نقد الثمن ووزنه) أي وزن الثمن (على المشتري) لان الوزن من تمام التسليم فيجب عليه وكذا يجب عليه تسليم الجيد فيكون أجرة

من يميز ذلك عليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد وفى رواية ابن رستم عنه أجرة نقد الثمن على البائع لان النقد يكون بعد التسليم والوزن وعن محمد ان أجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المدين وفى الفتاوى الصغرى اختلف المشايخ فى أجرة النقد قال بعضهم على البائع وقال بعضهم على المشترى ثم قال وبه أفتى ثم قال وذكر القدورى انها على المشترى الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة ثم قال واختار فى الواقعات انها على المشترى وفى الخلاصة لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها فى وعاء المشترى على البائع أيضا هو المختار وفى المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشترى وفى الخلاصة ولو اشترى حنطة فى سنبلها فعلى البائع تحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشترى ثم قال وهو المختار وفيه أيضا رجل اشترى عنبا جزافا فقطعه على المشترى وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والجزر والبصل اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر على المشترى (ومن باع سلعة بثمن سلم) أى سلم الثمن (أولا) ليتعين حق البائع فيه وعند الشافعى وأحمد يسلم المبيع أولا (والا) أى وان لم يكن بيع سلعة بثمن بل كان بيع ثمن بثمن أو بيع سلعة بسلعة سلما (معا) لاستوائهما فى التعيين وعدمه فلم يتعين تقديم أحدهما والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (خيار الشرط) فى البيع *

واعلم ان الخيارات ثلاثة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وهذا هو المذكور فى المختصرات ولنا خياران آخران أحدهما خيار التعيين وسيجىء بيانه فى الكتاب والآخر خيار الغرور والغبن قالوا فى المغبون غبنا فاحشا له أن يرده على بائعه بحكم الغبن وقال أبو على النسفى فيه روايتان عن أصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام أبو اليسر يفتى بالرد اذا قال للمشترى قيمة متاعى كذا أو قال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد بحكم انه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقيل لا يرد كيفما كان والصحيح أن يفتى بأن الرد ان غره والا فلا (صح) خيار الشرط (للمتبايعين) كليهما (او لاحدهما) أى لاحد المتبايعين (ثلاثة ايام او اقل) من ثلاثة أيام لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ الانصارى وكان يغبن فى البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام (ولو) شرطا (أكثر) من ثلاثة أيام (لا) يصح عند أبى حنيفة وبه قال زفر والشافعى ومالك لانه مخالف لمقتضى العقد ولكن جوزنا فى الثلاثة للحديث المذكور فبقى ماوراءه على ظاهر القياس وقالا تجوز الزيادة اذا ذكر مدة معلومة وبه قال أحمد لانه شرع نظرا للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن وقد لا يحصل ذلك فى الثلاث فيكون مفوضا اليهما (فان اجاز) من له الخيار العقد (فى الثلاث) أى فى ثلاثة أيام بعد ما كان شرط أكثر منها (صح) ذلك وتم العقد وقال زفر والشافعى انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا قلنا انه اسقاط للمفسد قبل تقرره فيجوز (ولو باع) شخص شيأ (على انه) أى المشترى (ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع) بيننا (صح) البيع وقال زفر لا يصح لانه بيع شرطت فيه الاقالة الفاسدة فالصحيحة مما تفسده فالفاسدة أولى وبه قالت الثلاثة ولنا أن ابن عمر رضى الله عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضى الله عنهم (و) لو باع على انه ان لم ينقد الثمن (الى أربعة) أيام (لا) يصح البيع عند أبى حنيفة بناء على أصله وعن أبى يوسف

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

روايتان والاصح أنه يوافق الامام وعند محمد يجوز ذلك بناء على أصله ولكن أبو يوسف أجاز في شرط الخيار عملا بالاثر وهو ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز الخيار الى شهرين وعمل في هذه المسئلة بالقياس (فان نقد) المشترى الثمن (في الثلاث) أى في ثلاثة أيام فيما اذا شرطا أكثر من ثلاثة أيام (صح) البيع لانه اسقاط للمفسد قبل تقرره وقال زفر انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وبه قال الشافعي وقول الشارح هذا بالاجماع غير صحيح ثم هذه المسئلة على وجوه اما ان لا يبينا الوقت أو بينا وقتا مجهولا بأن يقول على انه ان لم ينقده أياما أو بينا وقتا معلوما وهو أكثر من ثلاثة أيام فهو في هذه الصور كلها فاسد الا أن ينقد في الثلاث لما قلنا وان بينا وقتا معلوما وهو ثلاثة أيام أو دونه فانه يجوز (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) أى ملك البائع لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضى ولا يتم الرضا مع الخيار وفائدة هذا أنه اذا أعتق عبده المبيع بالخيار يعتق ويملك التصرف في المبيع دون المشترى وان قبضه باذن البائع وعن الشافعي أن المشترى يملكه بالعقد (وبقبض المشترى) المبيع الذى فيه خيار البائع اذا هلك في يده في مدة الخيار (يهلك بالقيمة) حتى يلزم المشترى قيمته يوم القبض ان كان من ذوات القيم والا فيجب ضمان مثله ان كان مثليا وعند الشافعي وأحمد يهلك بالثمن مطلقا ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشترى كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب في يد المشترى فللبائع أن يلزمه البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره ولكن المشترى يتخير ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ كما في البيع المطلق واذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه ويسقط حصته من الثمن (وخيار المشترى لا يمنع) خروج المبيع عن ملك البائع (ولا يملكه) المشترى عند أبي حنيفة يعنى لا يدخل في ملكه وعندهما يدخل لانه لو لم يدخل لكان زائلا لا الى مالك ولا نظير له في الشرع وبه قالت الثلاثة وله أن الخيار شرع للتروى فلو دخل في ملكه يلزم اجتماع البدلين في ملك واحد لان الثمن لم يخرج عن ملكه ولا نظير لهذا اما المملوك بلا مالك فله نظير كالعبد المشترى لخدمة الكعبة شرفها الله تعالى من بيت المال وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة (وبقبضه) أى وبسبب قبض المشترى المبيع الذى فيه خياره اذا هلك في يده (يهلك بالثمن) يعنى يلزمه الثمن لانه لما قرب الى الهلاك عجز عن رده فلزم البيع فعليه ثمنه وعند الشافعي في قول لزمته القيمة لانه عجز عن الرد قبل تمام الملك (كتعيبه) أى كما يلزمه الثمن اذا دخله عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فاذا ارتفع في المدة لا يلزمه والا لزمه وعن الشافعي أيضا يلزمه القيمة في التعيب أيضا ثم ذكر مسئلة من المسائل التى تبتنى على الاصل المذكور آنفا بالفاء بقوله (فلو اشترى زوجته) بأن كانت أمة لرجل (بالخيار بقى النكاح) لان خيار المشترى يمنع دخول المبيع في ملكه (فان وطئها) أى الامة المذكورة (فله ان يردها) لان الوطء بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين اذ لا يملكها بهذا الشراء الا اذا نقصها الوطء لانها تعيبت به وليس له أن يردها عليه بعد ما تعيبت عنده وهذا عند أبي حنيفة وعندهما ليس له أن يردها مطلقا لان النكاح انفسخ لملكه اياها فيكون الوطء بحكم ملك اليمين فيمنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها وقد ذكرنا في كتابنا

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

المستجمع فى شرح المجمع عشر مسائل مفرعة على الاصل المذكور وجمعناها بقولنا اسحق عزلك نخم * الالف من الامة اذا اشتراها بشرط الخيار وكانت زوجته وهى التى ذكرها الشيخ السين من الاستبراء اذا اشتراها وحاضت فى مدة الخيار لم تحتسب من الاستبراء عنده خلافا لهما الحاء من المحرم اذا اشترى عبدا أو جارية وكانت ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه وخياره باق عنده خلافا لهما القاف من القربان اذا اشتراها وقربها بعد الشراء وهى ثيب لم يصر قابضا فلا يسقط الخيار خلافا لهما العين من الوديعة اذا اشترى شيأ ثم اودعه عند البائع فهلك فى يد البائع فى مدة الخيار فهو من مال البائع عنده خلافا لهما الزاى من الزوجة اذا اشترى زوجته فولدت فى مدة الخيار لم تصر أم ولده عنده خلافا لهما الكاف من الكسب اذا اشترى عبدا فكسب عنده فى مدة الخيار فالكسب للبائع اذا فسخ البيع عنده خلافا لهما الفاء من الفسخ اذا اشترى جارية بالخيار ثم فسخ البيع لم يجب الاستبراء على البائع عنده خلافا لهما الخاء من الخمر اذا اشترى ذمى من ذمى آخر خمرا فأسلم أحدهما فهو للبائع عنده خلافا لهما الميم من المأذون اذا اشترى العبد المأذون له شيأ بالخيار ثم أبرأه البائع عن الثمن فى المدة يكون خياره باقيا فان أجاز البيع فالمبيع له بغير ثمن وان فسخ عاد الى البائع بغير ثمن وعندهما بطل خياره وذكر الشارح مسائل أخرى منها اذا حلف بعتق عبد بأن قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير فى المدة فسد البيع عنده خلافا لهما ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه ثم أحرم والصيد فى يده ينتقض البيع ويرده الى البائع عنده وقالا يلزم المشترى فلو كان الخيار للبائع ينتقض فى قولهم جميعا ومنها لو اشترى دارا وهو ساكنها باجارة أو عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده خلافا لهما (ولو اجاز) البيع (من له الخيار بغيبة صاحبه) وهو البائع ان كان الخيار للمشترى والمشترى ان كان الخيار للبائع (صح) ما اجازه لانه اسقاط حق فلا يعتبر حضور من عليه الحق كالطلاق والعتاق (ولو فسخ) البيع من له الخيار بغيبة صاحبه (لا) يصح عندهما وعند أبى يوسف يصح أيضا لانه سلطه على فسخه حيث خيره وبه قالت الثلاثة ولهما أنه تصرف على صاحبه بادخال الثمن أو المبيع فى ملكه من غير علمه فلا يجوز كما فى عزل الوكيل فان علم جاز والا تم البيع ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه فى المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخى أن خيار الرؤية على هذا الخلاف وفى خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء (وتم العقد بموته) أى بموت من له الخيار ولا ينتقل الى الورثة وقال الشافعى يورث عنه لانه حق لازم له فى البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب وبه قال مالك ولنا أن الغرض منه التأمل لغرض نفسه وقد بطلت أهلية التأمل له بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره (و) تم أيضا مع (مضى المدة) أى مدة الخيار لان عدم النفاذ كان لتمكنه من الفسخ فى المدة فاذا مضت ارتفع المانع فتم العقد (و) تم أيضا مع (الاعتاق) بأن أعتق العبد لانه دليل الاستبقاء لانه يعتمد الملك (و) كذا يتم مع

(توابعه)

(توابعه) أى مع توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة وكذلك كل تصرف لا يحل الا فى الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ الا فى الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشترى ووجد منه شئ من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيأ من هذه الاشياء انفسخ البيع ولو كان الفعل يحل فى غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء (و) كذا يتم مع (الاخذ بشفعة) وصورته ان يشترى دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشترى بشرط الخيار بالشفعة تم البيع لان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة (ولو شرط المشترى الخيار لغيره) أى لغير العاقد (صح) الشرط عندنا وقال زفر لا يجوز لانه من أحكام العقد فيختص بالعاقد وبه قال الشافعى فى قول ولنا أن تصرفات العاقل تصان عن اللغو منهما أمكن وقد أمكن أن يجعل لغيره نيابة عن نفسه بطريق الاقتضاء فيثبت له أولا ثم ينوب به الغير فيه (وأى) من كان من المشترى وممن شرط له الخيار (اجاز) البيع (أو نقض) البيع (صح) لان كلا منهما يملك التصرف اصالة أو نيابة (فان اجاز) البيع (احدهما) أى أحد الاثنين وهما من شرط الخيار من المتعاقدين والغير وهو الاجنبى (ونقض) البيع (الآخر فالاسبق) منهما (أحق) لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده لغو (فان كانا) أى اللفظان المذكوران وهما الاجازة والفسخ (معا) أى مجتمعين بأن أجاز أحدهما وفسخ الآخر وخرج الكلامان معا (فالفسخ) أحق من الاجازة من أيهما كان وهو رواية عن أبى يوسف وعن محمد تصرف العاقد أولى لقوته (ولو باع) شخص (عبدين على انه بالخيار فى احدهما) أى فى أحد العبدين (ان فصل) ثمن كل واحد منهما (وعين) الذى فيه الخيار (صح) البيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فلم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للبيع ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين (والا) أى وان لم يفصل الثمن ولم يعين الذى فيه الخيار (لا) يصح البيع للجهالة وكذا لو عين الثمن ولم يبين الآخر أو بالعكس لا يصح اما لجهالة الثمن أو لجهالة المبيع فهذه أربعة أنواع ولو اشترى كيليا أو وزنيا أو عبدا واحدا على انه بالخيار فى نصفه جاز فصل الثمن أولا لان النصف من الشئ الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشترى (وصح خيار التعيين) للمشترى بأن يبيع أحد العبدين أو أحد الثوبين على أن يأخذ المشترى أيهما شاء بتعيينه أو يبيع أحد الاعبد الثلاثة أو أحد الاثواب الثلاثة على أن يأخذ المشترى واحدا منها بتعيينه ولا يجوز ذلك فى الاربعة من العبيد أو الثياب أو نحوهما فلذلك قيد بقوله (فيما دون الاربعة) وهى الثلاثة أو الاثنان كما قلنا وهذا فى معنى خيار الشرط والجهالة التى فيه لا تفضى الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير أن الحاجة تندفع بالثلاثة والاثنين لوجود الجيد والوسط والردى فلا حاجة الى الاربعة حتى لو باع أحد الاثواب الاربعة على أن يأخذ واحدا منها لا يجوز وهو القياس أيضا فيما دون الاربعة ولكن جوزنا فيما دون الاربعة لما ذكرنا وقال زفر والشافعى لا يجوز فى الكل لجهالة المبيع ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الائمة هو

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يرد الا أحدهما وعلى قول الكرخي له أن لا يرده ما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وان شرطا خيار الشرط مع خيار التعيين جاز فان ردهما بخيار الشرط في المدة أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يمكن ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وان مات المشتري في مدة الخيار يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الارد أحدهما ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا وذكر في المجرد أنه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة اليه للبائع واذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الآخر للامانة لان الداخل تحت العقد أحدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان أمانة في يده هذا اذا هلك أحدهما قبل الآخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل أحدهما مبيعا أو أمانة ولا فرق بين أن يكون الثمن متفقا أو مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدري الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله أن يرد أحدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا التعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له أن يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط (ولو اشتريا) أي ولو اشترى اثنان (على انهما بالخيار فرضي أحدهما) بالبيع بأن أسقط خياره (لا يرده الآخر) عند أبي حنيفة وقالا له أن يرده لانه لولم يملك فسخه كان الزاما عليه لا برضاه وفيه ابطال لما ثبت من حقه لان كلا من الاجازة والفسخ حقه وبه قالت الثلاثة وله ان رد أحدهما دون الآخر يوجب عيبا في المبيع لم يكن عند البائع أعني عيب الشركة وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب (ولو اشترى) رجل (عبدا على أنه) أي على أن العبد (خبازا وكاتب فكان) أي العبد (بخلافه) أي بخلاف ما ذكره بأن كان غير خباز أو غير كاتب (أخذه بكل الثمن) المسمى ان شاء (أو ترك) لفوات الوصف المرغوب فيه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل أو تحلب كذا وكذا رطلا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل أنه لبن أو حمل أو انتفاخ حتى لو شرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا وكذا صاعا أو يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه أن يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن هذا المقدار فله الخيار وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول قول المشتري وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة أو نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام والله أعلم

* هذا (باب) في بيان أحكام (خيار الرؤية) *

(شراء ما لم يره جائز) وقال الشافعي لا يجوز لجهالة المبيع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه رواه الدارقطني وعند مالك وأحمد يصح بيعه بالصفة ويثبت

له

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

له الخيار اذا لم يكن بهذه الصفة وهو قول الشافعي في القديم فان قلت في اسناد هذا الحديث عمر بن ابراهيم الكردي قال الدارقطني يضع الحديث وانما هو موقوف على ابن سيرين قلت رواه النعمان بن بشير عن النبي صلى الله عليه وسلم واحتج به الطحاوي ورواه محمد في كتاب المزارعة عن مجاهد وطريق الطعن فيه من حيث الارسال والمرسل حجة عندنا فان قلت روى أن حكيم ابن حزام قال يارسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن بيع ماليس عندي فأبيعه منه ثم ابتاعه من السوق فقال لاتبع ماليس عندك رواه البخاري وأبوداود قلت كان حكيم يبيع مالايملكه ثم يدخل في السوق فيشتريه ويسلم فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم ومعناه لاتبع ماليس عندك في ملكك (وله) أي للمشتري (أن يرده) أي أن يرد الشئ الذي اشتراه ولم يره (اذا رآه) لمارويناه وقوله (وان رضي) واصل بما قبله يعني له الخيار اذا رآه وان كان رضي (قبله) أي قبل أن يراه لان الخيار معلق بالرؤية على مارويناه (ولاخيار لمن باع مالم يره) وهو قول أبي حنيفة آخرا لان عثمان ابن عفان رضي الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة انك غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك غبنت فقال لي الخيار لاني بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضر من الصحابة رضي الله عنهم وكان قوله الاول ان له الخيار ثم رجع وقال الشافعي لايجوز بيع مالم يره أصلا قولا واحدا (ويبطل) خيار الرؤية (بما يبطل به خيار الشرط) من التصريح والدلالة ومراده بعد الرؤية وأما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين وقيل اذا رآه وتمكن من الفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم توجد منه الاجازة صريحا ولا دلالة والصحيح أنه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره مالم يسقطه بالقول أو بفعل يدل على الرضا به أو التعييب أو تصرف لايمكن دفعه كالاعتاق والتدبير أو يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا منه صريحا أو دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لايوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لايبطله قبل الرؤية يبطله بعدها وكذا اذا قبضه بعدها بطل خياره لانه يدل على الرضا ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية ولو اشترى أرضا فأذن للاكرة ان يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله بأمره كفعله (وكفت رؤية وجه الصبرة و) وجه (الرقيق و) وجه (الدابة وكفلها و) رؤية (ظاهر الثوب) حال كونه (مطويا و) كفت أيضا رؤية (داخل الدار) لان رؤية مايستدل به على المقصود يكفي لتعسر رؤية الجميع وانما ذكر الكفل في الدابة لانه اذا رأى وجهها فقط لايسقط خياره لان المؤخر موضع مقصود فيها بخلاف الرقيق وهو قول أبي يوسف وقال محمد لاخيار له لان الاصل في الحيوان الوجه فيكتفي برؤيته كالعبد وفي الثوب المطوي خلاف زفر هو يقول لابد من نشره كله قلنا قلما تتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض الا أن يكون في باطن الثوب مايقصد بالنظر كوضع العلم ووجه العمامة ونحوه فحينئذ لايسقط خياره بدون النشر وجعل الشيخ رؤية داخل الدار كرؤية كلها وعامة الروايات اذا رأى صحن الدار يسقط خياره وقال زفر لابد من رؤية داخل البيوت وهو

قوله للاكرة كذا في النسخ والذي في الزيلعي للاكار وهو مناسب للمعنى اه

الاصح لان مرافقها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله وماذكره الشيخ مبني على عادة أهل الكوفة فان في ذلك الزمان دورهم كانت على تقطيع واحد وأما اليوم فبخلافه فلا يكتفى به (ونظر وكيله) أي وكيل المشتري (بالقبض) أي بقبض المبيع الذي اشتراه ولم يره (كنظره) أي كنظر المشتري الموكل عند أبي حنيفة لان تمام القبض بالرؤية وقد وجدت وقالا لا بد من نظره هو لان الوكيل مامور بالقبض دون الرؤية وبه قالت الثلاثة (لا) يكون (نظر رسوله) كنظره بالاتفاق لانه لا يملك شيأ وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في الشراء أو البيع والفرق بين التوكيل والارسال أن يقول في الوكيل كن وكيلي في القبض وفي الارسال كن رسولي فيه أو أمرتك بقبضه ونظر التوكيل بالشراء كنظره بلا خلاف (وصح عقد الاعمى) لانه مكلف محتاج خلافا للشافعي في قول (ويسقط خياره) أي خيار الاعمى (اذا اشترى بجس المبيع) اذا كان مما يعرف بالجس اذا وجد الجس منه قبل الشراء وأما اذا اشترى قبل الجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد الى أن يوجد منه مايدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح (و) كذا اذا اشترى بجاسة (ذوقه) ان كان مما يعرف بالذوق (و) كذا اذا اشترى بجاسة (شمه) ان كان مما يعرف بالشم كما في البصير (و) يسقط خياره (في العقار) الذي اشتراه (بوصفه) أي بوصف العقار له لانه لا سبيل الى معرفته الا به حتى يسقط خياره بعد ذلك وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه منه وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه له وهو يراه وهو أشبه بقول أبي حنيفة وقال بعض أئمة بلخ يسقط خياره بمس الحيطان والاشجار مع الوصف وان أبصر بعد الوصف وبعد ماوجد منه مايدل على الرضا فلا خيار له لان العقد تم به ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى) الثوب (الآخر له ردهما) أي رد الثوبين ان شاء لان رؤية أحدهما لا تغني عن رؤية الآخر للتفاوت فبقي خياره فيما لم يره وليس له أن يرد وحده لنهيه عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة (ولا يورث خيار الرؤية) (كخيار الشرط) لان الخيار وصف فلا يجري فيه الارث (ومن اشترى ما رأى) قبل الشراء (خير ان تغير) الشيء الذي اشتراه عن الصفة التي رآه عليها قبل ذلك لان العقد وقع على مجهول الوصف (والا) أي وان لم يتغير عن الصفة التي رآه عليها (لا) يخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية الاولى وقد رضي به مادام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد أنه رآه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه (وان اختلفا في التغير فالقول للبائع) أي مع يمينه لان الاصل ابقاء ما كان على ما كان الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له ألا ترى أن الجارية الشابة تكون عجوزة بطول الزمان (و) القول (للمشتري لو) اختلفا (في الرؤية) لانه أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له مع يمينه (ولو اشترى عدلا) من القماش (وباع منه ثوبا أو وهب) ثوبا منه ثم وجد به عيبا (رده بعيب لا) يرده (بخيار رؤية او) خيار (شرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض فان عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق

الصفقة

الصفقة وعن أبي يوسف أنه لايعود وعليه اعتمد القدوري

هذا (باب) في بيان أحكام (خيار العيب)

هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة (من وجد بالمبيع عيبا) ينقص به الثمن وكان عند البائع وقبضه من غير أن يعلم به ولم يوجد منه مايدل على الرضا به بعد العلم بالعيب فهو مخير ان شاء (اخذه) أي المبيع المعيب (بكل الثمن او رده) على البائع لان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فعند فواتها يتخير ولا ينقص من الثمن شيأ لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الاثمان بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ أو حدث عند المشتري عيب آخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البائع على ما يجيء ان شاء الله تعالى (وما) أي كل شئ (اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) لان الضرر اللاحق بسبب العيب هو النقصان في المالية فيرجع فيه الى أهله ثم شرع في عد بعض العيوب التي توجب النقصان في المالية عند التجار بقوله (كالاباق) وهو هروب العبد والجارية (والبول في الفراش والسرقة) لانها توجب نقصان القيمة عندهم ثم اذا وجدت هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاول لان البول قبله لضعف في المثانة وبعده لداء في البطن والاباق قبله لحب اللعب والسرقة قبله لقلة المبالاة وبعده يكونان لخبث في الباطن حتى لو وجد شئ منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعده ليس له أن يرده لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري أيضا قبله يرده به مالم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ ثم عند المشتري أيضا بعده يرده والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره الا اذا سرق من المولى شيأ للاكل فانه ليس بعيب وان سرق منه طعاما ليبيعه فهو عيب ولو سرق شيأ يسيرا نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ شيأ والآبق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق وان لم يخرج اختلف فيه والاشبه ان يقال ان كان البلد كبيرا مثل القاهرة يكون عيبا وان كان صغيرا بحيث لا يخفى على أهلها لا يكون عيبا وحاصل الجواب فيها ما قال في التحفة ان هذه الاشياء في الصغير الذي لا يعقل ولا يأكل وحده لا يكون عيبا فاذا كان صبيا عاقلا يكون عيبا ولكن عند اتحاد الحالة يثبت حق الرد لا عند الاختلاف بأن يثبت انه أبق عند البائع ثم أبق عند المشتري كلاهما في حالة الصغر أو كلاهما في حالة الكبر لان سبب وجود هذه الاشياء في حالة الصغر عيب وهو قلة المبالاة وقصور العقل وضعف المثانة وفي حالة الكبر يكون السبب سوء اختياره وداء في الباطن فاذا اتفق الحالان علم أن السبب واحد فيكون هذا العيب ثابتا عند البائع فأما اذا اختلفا فلا يعرف لانه يجوز أن يزول الذي كان عند البائع ثم حدث النوع الآخر عند المشتري فلا يكون له حق الرد كالعبد اذا حم عند البائع ثم حم عند المشتري فان كان هذا الثاني غير ذلك النوع لا يثبت حق الرد وان كان من نوعه يثبت حق الرد فافهم (والجنون) لانه فساد في الباطن وهو لا يختلف باختلاف السنين حتى لو وجد عند البائع في صغره وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده ومقداره

أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقيل المطبق عيب وما دونه لا وفى الجامع الصغير واذا جنت وهى صغيرة فهذا عيب أبدا وقال صاحب التحفة الجنون اذا ثبت وجوده عند البائع هل يشترط أن يوجد ثانيا عند المشترى ليس فيه رواية ثم قال اختلف المشايخ قال بعضهم قالوا لا يشترط لان محمدا قال الجنون عيب لازم أبدا فلا يشترط وجوده ثانيا عند المشترى بخلاف السرقة والاباق والبول فى الفراش فانه ما لم يوجد عند المشترى لا يثبت حق الرد وقال بعضهم لا يكون له حق الرد ما لم يوجد ثانيا عند المشترى كما فى الاباق ونظائره الا أن الفرق أن فى الجنون لا يشترط اتحاد الحالة فان جن عند البائع وهو صغير عاقل ثم جن عند المشترى بعد البلوغ فانه يثبت حق الرد وفى الاباق ونظائره لا يثبت حق الرد الا عند اتحاد الحالة وقال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير وحكى عن الشيخ أبى بكر الاسكاف البلخى أن الجنون أيضا بمنزلة البول فى الفراش والاباق والسرقة فلا يمكن للمشترى أن يرد بالجنون اذا جن عنده فى حالة الكبر اذا كان الجنون عند البائع فى حالة الصغر وانما يثبت له حق الرد اذا كان الجنون عند البائع فى حالة الكبر أيضا (والبخر) بفتحتين وهو نتن الفم (والدفر) بفتح الدال والفاء وسكونها أيضا نتن الابط وفى الجمهرة الدفر النتن رجل ادفر وامرأة دفرى وأما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة الرائحة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر (والزنا وولده) أى ولد الزنا هذه الاربعة تكون عيبا (فى الامة) دون الغلام لانه يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش وطلب الولد والمقصود من الغلام الاستخدام وهذه الاشياء لا تخل به الا أن يكون البخر والدفر فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى أو يكون الزنا عادة له بأن يتكرر منه أكثر من مرتين وفى الاجناس فى البيوع اما الدفر ليس بعيب فى واحد منهما والعسر عيب وهو الذى يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه وفى الغاية وقيل اذا كان العبد أمرد يكون البخر فيه عيبا والاصح أن الامرد وغيره سواء كذا فى خلاصة الفتاوى والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشترى حتى يرد الا الزنا فى الجارية فانه روى عن محمد فى الامالى لو اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند البائع فللمشترى أن يردها وان لم تزن عنده للحوق العار بالاولاد وعند الشافعى الزنا فى الغلام عيب كالسرقة وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير لو اشترى عبدا فوجده زانيا لا يكون عيبا لان فيه زيادة قوة وزيادة القوة لا تكون عيبا ألا ترى انه لو اشترى عبدا فوجده عنينا فله أن يرده وذكر أبو يوسف فى الامالى والحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه قال اذا اشترى عبدا على انه خصى فاذا هو فحل لزمه ذلك وأما اذا اشتراه على انه فحل فاذا هو خصى لم يلزمه ذلك وفى الايضاح اذا كان العبد مدمنا للزنا ينقطع به عن خدمة المولى يكون عيبا (والكفر) فى الغلام والجارية ولو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال للعيب وقال الشافعى يرده لفوات الوصف المرغوب فيه لان استعباد الكافر واذلاله مطلوب للمسلم (وعدم الحيض) لانه يدل على داء والمعتبر فى انقطاعه أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك فى الصحيح وعن أبى يوسف ترد بلا يمين البائع ولو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لا يسمع دعواه وفى المديدة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف وأربعة أشهر وعشر

عند

عند محمد وعن أبي حنيفة وزفر انها ستتان وجملة الامر فيه انه اذا ادّعى انقطاعه سأل القاضي البائع فان أقر بما ادعاه ردّه عليه وان أنكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لايحلف عند أبي حنيفة وان أقر بقيامه في الحال وأنكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل ردّ عليه وان أقام المشتري البينة على أن الانقطاع كان عند البائع قال في الكافي لاتقبل لانهم لايعرفون انقطاعه بخلاف ما اذا شهدوا أنها مستحاضة لان درور الدم يطلع عليه وفي فتاوى الفضلي الرجوع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء ويشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم بخلاف مالم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة وفي الفتاوى الصغرى اذا اشترى جارية فوجدها لاتحيض لاتسمع منه الخصومة مالم يدّع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فان ادّعى بسبب الحبل يريها النساء فان قلن هي حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست بحبلى لايمين على البائع وان ادّعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء يريها الاثنين من الاطباء من المسلمين فان ثبت العيب يحلف البائع كما تقدّم وان لم يثبت لايحلف وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وان كان العيب خفيا لايطلع عليه الا الاطباء يثبت بقول عدل منهم وكذلك اذا كان لايطلع عليه الا النساء يثبت بقول واحدة منهن موصوفة بالعدالة والثنتان أحوط (والاستحاضة) وهو استمرار الدم وهو علامة الداء (والسعال القديم) لانّ دوامه يدل على الداء (والدين) لان ماليته تكون مشغولة به وتتقدّم الغرماء على المولى (والشعر) في العين (والماء في العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى وفي التحفة العيوب على نوعين أحدهما ما يوجب فوات جزء من المبيع وتغيره من حيث الظاهر دون الباطن والثاني ما يوجب النقصان من حيث المعنى دون الصورة أما الاول فكثير نحو العمى والعور والصمم والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسن السوداء والسنّ الساقطة والظفر الاسود والخدش والكلم والقروح والشجاج وأثر الجراح والامراض كلها التي في سائر البدن والحميات وأما الثاني فنحو السعال القديم وارتفاع الحيض في زمان طويل أدناه شهران فصاعدا في الجواري ومنها صهوبة الشعر والشيب والشمط في العبيد والجواري والحبل في الجارية لافي البهائم والنكاح في الجارية والغلام عيب وفي العيون قال هشام سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول لو أنّ رجلا اشترى عبدا قد احتلم أو جارية حاضت ولم يختن العبد ولم تخفض الجارية قال ان كان مولدا فهو عيب وان كان جليبا فليس بعيب وان كان صغيرا فليس بعيب وفي الايضاح وحذف الحروف في المصحف أو في بعضه عيب لانه يوجب نقصان الثمن (فلو حدث) عيب (آخر عند المشتري) بعد اطلاعه على عيب كان عند البائع (رجع بنقصانه) لانه تعذر الردّ بسبب العيب في الحادث وطريق معرفته أن يقوّم وبه هذا العيب ثم يقوّم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين رجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا يرجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه وقال مالك يردّ المشتري المبيع مع نقصان العيب الذي حدث عنده (أو ردّ) المشتري المبيع الذي حدث فيه عيب آخر (برضا بائعه) لانه رضي بالتزام الضرر وبدون رضاه لايردّ لدفع الضرر عنه وقال مالك وأحمد في رواية له أن يردّه ويردّ معه نقصان العيب الحادث عنده لقيام المجوّز للردّ وهو الاطلاع

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

على العيب (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به) أى بالثوب (عيبا) بعد قطعه (رجع بالعيب) أى بنقصان العيب لتعذر الرد بالقطع بخلاف ما اذا اشترى بعيرا فنحره فوجد أمعاءه فاسدة حيث لا يرجع بالنقصان عند أبى حنيفة لان النحر افساد للمالية كما اذا كان عبدا فقتله (فان قبله) أى فان قبل الثوب المذكور (البائع كذلك) أى بقطعه (له) أى للبائع (ذلك) أى القبول لان الامتناع لحقه وقد رضى به (وان باعه) أى الثوب المذكور (المشترى لم يرجع) على البائع (بشئ) لانه صار حابساله بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضا البائع فكان مفوّتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابساله بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له (فلو قطعه) أى فلو قطع المشترى الثوب (وخاطه او صبغه) بأى صبغ كان (أولت) أى أو خلط المشترى (السويق بسمن فاطلع على عيب) فى الثوب أو السويق بعد هذه الاشياء (رجع) على البائع (بنقصانه) لتعذر الرد بسبب الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة كالسمن والجمال حيث لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية وهى نوعان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرناهما والمنفصلة أيضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد وغير متولدة منه كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشترى مجانا (كما) يرجع بالنقصان (لو باعه) أى الثوب بعد القطع والخياطة والصبغ والسويق بعد اللت بالسمن وكل ذلك (بعد رؤية العيب) لتعذر الرد ولا تأثير للبيع لامتناع الرد قبله فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة (أومات العبد) بعد اطلاعه على العيب فكذلك يرجع بالنقصان لامتناع الرد حقيقة (أو أعتقه) أى العبد قبل اطلاعه على العيب فكذلك يرجع بالنقصان لامتناع الرد حكما وكذلك لو دبره أو استولد الجارية والمراد من الاعتاق أن يوجد منه قبل العلم بالعيب وان أعتقه بعد العلم به لا يرجع بالنقصان لان أقدامه عليه دلالة الرضا والقياس أن لا يرجع به وان كان قبل العلم به وهو قول الشافعى كالقتل (ولو) أعتقه (على مال) لم يرجع بشئ لانه حبس بدله وعن أبى حنيفة أنه يرجع والكتابة مثل الاعتاق على مال (أو قتله) أى أو قتل العبد بعد اطلاعه على عيب فكذلك لم يرجع لان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وعن أبى يوسف أنه يرجع بالنقصان لان قتله لا يتعلق به حكم بخلاف امتناع الرد بفعله فى نحو صبغ الثوب لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع والعين قائم على حاله (أو كان) المبيع (طعاما فأكله) بعد اطلاعه على العيب فكذلك لا يرجع بشئ عند أبى حنيفة للتعذر وقالا يرجع بالنقصان كالموت وبه قالت الثلاثة (أو) كان المبيع طعاما فأكل (بعضه) فكذلك لا يرجع بشئ عند أبى حنيفة ولا يرد ما بقى منه وقالا يرجع بالنقصان فيما أكل ثم قال أبو يوسف يرد ما بقى ان رضى البائع لان استحقاق الرد فى البعض دون الكل فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد الباقى مطلقا لان رده ممكن حيث لا يضره التبعيض ويرجع بالنقصان فيما أكله لتعذر رده وقوله (لم يرجع) المشترى على البائع (بشئ) جواب المسائل الاربعة (ولو اشترى) شخص (بيضا وقثاء أو جوزا) أو لوزا أو فستقا أو بندقا ونحو ذلك (فوجده فاسدا ينتفع به) بأن كان القثاء فيه لب يأكله بعض الفقراء أو يصلح

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

للعلف أو كان بعض لب الجوز ونحوه يؤكل وأما البيض فلا يتصور فيه ذلك لان قشره لا قيمة له الا فى بيض النعامة فان المطلوب فيه قشره ففى مثل هذا (رجع بنقصان العيب) لان الكسر عيب حادث الا اذا رضى به البائع وقال الشافعى اذا كسر مقدارا ما لا بد له منه للعلم بالعيب يردّه لان البائع سلطه عليه قلنا رضى بكسره فى ملك المشترى لا فى ملك نفسه فيجب رعاية حقهما (والا) أى وان لم ينتفع به بأن وجد البيض مذرة والقثاء مرّة والجوز ونحوه خاليا أو منتنا خاويا (رجع بكل الثمن) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا وهذا يستقيم كما ذكرنا فى البيض لانه لا قيمة لقشره الا بيض النعامة لان ماليته باعتبار القشر وكذا فى الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة وأما اذا كان لقشره قيمة بأن كان فى موضع يوقد فيه قشره كما فى مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع فى القشر بحصته لانه مال متقوم وقيل يردّ القشر ويرجع بكل الثمن هذا اذا ذاقه وتركه فان تناول منه شيأ بعدما ذاقه فلا يرجع عليه بشئ وهذا أيضا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يردّه ولا يرجع بالنقصان وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد والاثنين من كل مائة فليس له أن يخاصم البائع بسببه وان كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل البيع باطل عند أبى حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه وقيل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والاول أصح وفى فتاوى الولوالجى لو اشترى القرعة فوجدها مرّة بعد الكسر له أن يرجع بجميع الثمن قليلا كان أو كثيرا لانه لا قيمة لها بعد الكسر (ولو باع) المشترى (المبيع) الذى اشتراه (فردّ) المشترى منه (عليه) أى على المشترى الاول (بعيب) أى بسبب عيب (بقضاء) القاضى (ردّه) أى ردّ المشترى الاول المبيع المعيب (على بائعه) لان الرد بالقضاء فسخ فى حق الكل فيكون كأنه لم يبعه (ولو) كان الرد (برضا) أى بالتراضى من غير قضاء القاضى (لا) يردّه على بائعه وقيل فى عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يردّ للتيقن به عند البائع الاول والاصح أنه لا يردّ عليه فى الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يردّه على بائعه وان كان بالتراضى فى غير العقار لان بيع غير العقار قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا فى حق غيرهما فجعل فسخا فى حق الكل وفى العقار اختلاف المشايخ على قول أبى حنيفة والاظهر انه بيع جديد فى حق البائع الاول وعند محمد فسخ وعند ابى يوسف بيع فى حق الكل ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى ببينة أو باقرار أو بنكول وقال محمد لا يردّ على بائعه ان ردّ عليه ببينة لانه أنكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على أنه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فيبطل اقراره وقال زفر لا يردّه على بائعه اذا كان القضاء باقرار أو نكول (ولو قبض المشترى المبيع وادّعى عيبا) فيه (لم يجبر) المشترى (على دفع الثمن) الى البائع لاحتمال أن يكون صادقا فى دعواه (ولكن) المشترى (يبرهن) أى يقيم البينة لاثبات العيب بأنه وجد بالمبيع عنده أى عند المشترى لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له أن يردّه بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال انه زال فاذا برهن أنه وجد عنده يحتاج أن يبرهن أيضا ان هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا ثبت انه كان فيه عند البائع فسخ العقد بينهما لثبوته فى الحالين عنده وعند البائع

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

(أو يحلف بائعه) اذا لم يكن للمشترى بينة على وجود العيب عنده وقيامه فى الحال على قولهما لانه لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما واختلفوا على قول أبى حنيفة فقيل يحلف وقيل لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما فى الحدود والاشياء الستة (فان قال) المشترى (شهودى بالشأم دفع) الثمن (ان حلف بائعه) لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فيه كثير ضرر على المشترى لانه على حجته متى أقامها رد عليه المبيع وأخذ منه الثمن وان نكل البائع لزم العيب لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون فيها حجة ولهذا لم يحلف فيها (فان ادعى) المشترى (اباقا) أى اباق العبد الذى اشتراه فانكر البائع وأراد المشترى تحليفه (لم يحلف بائعه) أى بائع العبد (حتى يبرهن) أى يقيم البينة (المشترى أنه) أى ان العبد (أبق عنده) أى عند نفسه (فان برهن) أى المشترى أى أقام بينة (حلف) البائع حينئذ لان البائع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشترى ان العيب وجد فيه عند المشترى عند أبى حنيفة وعندهما يحلف وقد مر آنفا ثم كيفية التحليف أن يحلف (بالله ما أبق عندك قط) والاحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذى ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب ولو كانت الدعوى فى اباق العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغير يزول بالبلوغ ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب هذا فى العيوب التى لا تظهر للقاضى ولا يعرف أهى حادثة عند المشترى أم لا وأما العيوب التى لا يحدث مثلها عند المشترى كالاصبع الزائدة أو الناقصة فان القاضى يقضى بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضا المشترى به وأثبته بطريقه فالحاصل ان العيوب أنواع الاول أن يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثانى ما لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر البائع بقولهم فيقبل فى قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البائع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيوب لا يعرفها الا النساء كالرتق والعفل فيقبل فى قيامه للحال قول امرأة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند أبى يوسف يرد بقولهن من غير يمين البائع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضى ولا يختص بمعرفتها الا الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوه فحكمه ما ذكرناه (والقول فى قدر المقبوض) من المبيع (للقابض) لانه هو المنكر حتى اذا رد المشترى جارية بعيب أو عبدا بعد القبض فقال البائع كنت بعتك معه غيره وقال المشترى بعتنيه وحده فالقول قول المشترى كما ذكرنا (ولو اشترى) شخص (عبدين صفقة) يعنى فى عقد واحد (فقبض أحدهما) أى أحد العبدين (ووجد بأحدهما عيبا) فهو مخير ان شاء (أخذهما) أى العبدين جميعا (أو ردهما) جميعا وليس له أن يرد المعيب وحده لان فيه تفريق الصفقة قبل التمام وعن أبى يوسف أنه اذا وجد العيب بالمقبوض له أن يرده وحده لان

الصفقة

الصفقة فيه تمت لتناهيها فى حقه ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا رد المعيب وحده خلافا لزفر فعنده ليس له أن يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة قلنا انه تفريق الصفقة بعد التمام فلا يمنع من الرد وحده (ولو وجد) المشترى (ببعض الكيلى) مثل البر والشعير (أو الوزنى) مثل الزيت ونحوه (عيبا رد كله أو أخذه) أى أو أخذ كله بعيبه لانه كالشئ الواحد فليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين ولا فرق بين ما اذا كان فى وعاء واحد أو فى وعاءين وقيل اذا كان فى وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده (ولو استحق بعضه) أى بعض الكيلى أو بعض الوزنى (لم يخير) المشترى (فى رد ما بقى) لان الشركة فيه لا تعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما (ولو) كان الذى استحق بعضه (ثوبا خير) المشترى فى رد ما بقى لان التبعيض فيه عيب هذا اذا كان بعد القبض أما اذا استحق بعض الكيلى أو الوزنى قبل القبض فله أن يرد ما بقى لتفرق الصفقة على المشترى قبل التمام (واللبس) أى لبس الثوب بعد اطلاعه على العيب (والركوب) أى ركوب الدابة بعده (والمداواة) أى التداوى بالمبيع بعد اطلاعه على العيب او مداواة المبيع بأن كان عبدا فسقاه دواء (رضا بالعيب) لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس فيه دليل اختياره الملك فيه (لا) يكون (الركوب للسقى) اى لسقى الدابة من الحوض أو النهر ونحوهما (او للرد) أى أو لاجل ردها على صاحبها (أو لشراء العلف) لها رضا بالعيب استحسانا للاحتياج اليه وقيل تاويله اذا لم يكن له من الركوب بد بان كان العلف فى عدل واحد أو لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيفما كان ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة وفى الخلاصة لو حمل علف دابة أخرى ركبها أو لم يركبها فهو رضا (ولو قطع) يد العبد المشترى (المقبوض) بيد المشترى (بسبب) كان (عند البائع) ولم يعلم المشترى ذلك (رده) المشترى عند أبى حنيفة على البائع (واسترد الثمن) منه وعندهما ليس له أن يرده لحدوث العيب عنده وهو القطع فيرجع بالنقصان وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وله ان سبب الوجوب وجد عند البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت فى يد الغاصب وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان وجد فى يد البائع من قتل نفس أو قطع طريق أو ردة ولو مات بعد القطع حتف أنفه يجب أن يرجع بنصف الثمن عنده لانه كالاستحقاق عنده ولو سرق عند البائع ثم عند المشترى فقطع بهما رجع بالنقصان عندهما وعنده لا يرده بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب كان فى يد البائع وان رضى البائع باخذه يرجع بثلاثة أرباع الثمن ويسقط الربع ولو تداولته الايدى فقطع عند الاخر أو قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند أبى حنيفة وعندهما يرجع الاخير على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه (ولو برئ البائع (من كل عيب) بأن باع عبدا او اشترط أنه برئ من كل عيب فيه (صح) البيع عندنا بهذا الشرط (وان لم يسم الكل) أى جميع العيوب وقال الشافعى لا يصح الا أن يعدد العيوب كلها

Digitized by Google | Original from INDIANA UNIVERSITY

وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان لان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشرط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه وبه قال أحمد ونحن نقول هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الصحة وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب وعددها صحت البراءة عنها ثم قال أبو يوسف يدخل في الابراء الموجود من العيب والحادث منه قبل القبض لان غرض البائع الزام المشتري بالعقد ولا يتم اللزوم الا بأن يعم الحادث والموجود وقال محمد لا يدخل الحادث لان البراءة انما تكون عما هو ثابت فتختص بالموجود وبه قال مالك ولو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة (ولا يرد) المشتري بعد ذلك (بعيب) أصلا سواء كان موجودا أو حادثا قبل القبض خلافا لمحمد كما ذكرناه وفي الخلاصة ولو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب والادواء فان تبرأ من كل داء كان على المرض ولا يدخل فيه الكي والاصبع الزائدة ولا أثر قرح قد برأ وعن أبي حنيفة الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال أو كبد أو نحو ذلك وفيها أيضا رجل باع عبدا أو جارية وقال انا بريء من كل داء ولم يقل من كل عيب فانه لا يبرأ عن العيوب لان الداء يدخل في العيوب أما العيب فلا يدخل في الداء وفيها أيضا لو قال لمشتري الجارية برئت اليك من كل عيب بعينها فاذا هي عوراء لا يبرأ وكذا لو قال برئت اليك من كل عيب بيدها وهي مقطوعة اليد لان البراءة عن عيب اليد والعين تكون حال قيام اليد والعين لا حال عدمهما والله تعالى أعلم

(هذا باب) في بيان أحكام (البيع الفاسد)

البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه كبيع ثوب وعبد بأحد النقدين ونحوهما ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع أصلا كبيع الخمر والخنزير والحر والميتة والدم وفاسد وهو مشروع بأصله دون وصفه كبيع ثوب بخمر والبيع بشرط لا يقتضيه العقد وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض والفاسد أعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس وهذا لان الباطل مضمحل الاصل والوصف جميعا والفاسد مضمحل الوصف دون الاصل كالجوهر اذا تغير واصفر يقال فسد وان لم يبق صالحا الشيء يقال بطل وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير (لم يجز بيع الميتة و) بيع (الدم و) بيع (الخنزير و) بيع (الخمر و) بيع (الحر و) بيع (أم الولد و) بيع (المدبر) المطلق خلافا للشافعي ومالك وأحمد والمقيد يجوز بيعه اجماعا (و) بيع (المكاتب) سواء رضي أم لا وفي رواية ان رضي يجوز وهو الاظهر وانما لم يجز بيع هذه الاشياء لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وهذه البيوع كلها باطلة وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط وجعله البزدوي كالميتة لانه جزؤها وكذا البيع بالبول باطل لا اعتبار له وكذا بيع المحرم الصيد لان صيد البر حرام عليه كالميتة فيكون بيعه باطلا (فلو هلكوا) أي الحر وأم الولد والمدبر والمكاتب (عند المشتري لم يضمن) شيأ لان العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن في المدبر وأم الولد لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول

هو

هو قول أبي حنيفة والثاني قولهما وفي الايضاح اذا كان أحد البدلين مدبرا أو مكاتبا أو أم ولد ملك بالقبض وجعل صاحب الهداية وغيره بيع هؤلاء من الباطل والصواب ما قاله صاحب الايضاح لان الملك قائم بالمحل وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله حتى لا يبطل العقد فيما ضم الى واحد منهم و بيع معه ولو كان كالحر لبطل و يؤول ما قاله صاحب الهداية على انه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقابله * ثم اعلم ان قيمة المدبر ماذا فيه اختلاف المشايخ قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم تمام قيمة القن وهذا غير سديد وذكر الشيخ الامام القاضي علي السغدي في فوائده قيمته ثلثا قيمة القن وقيمة أم الولد ثلث قيمة القن وذكر خواهرزاده في شرح كتاب الدعوى في قيمة المدبر اختلاف المشايخ قال بعضهم نصف قيمة القن وهكذا في فتاوى الفقيه أبي الليث وبه يفتى وبعضهم قالوا قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن وما قاله خواهرزاده هو الاصح وعليه الفتوى (و) لم يجز أيضا بيع (السمك قبل الصيد) أي قبل الاصطياد لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر رواه أحمد ومسلم وأبو داود ثم هو على نوعين اما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فالاول لا يجوز لما قلنا والثاني ان ألقاه في الحظيرة وكانت كبيرة بحيث لا يمكن أخذه الا بحيلة لا يجوز أيضا وان كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز لانه باع ما يملكه وهو مقدور التسليم و يثبت للمشتري خيار الرؤية ولا يعتد برؤيته في الماء فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء أمكنه الاخذ بحيلة أو بغيرها (و) لم يجز أيضا بيع (الطير في الهواء) لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور التسليم هذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا من قبل أخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في يده أو محبوسا في مكان يمكن أخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو اجتمع في أرضه الصيد فباعه من غير أخذه لا يجوز لانه لا يملكه ولهذا لو باض فيها صيد أو تكنس ظبي يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل قائم بأرضه على وجه القرار كالاشجار هذا اذا لم يهيئ أرضه لذلك فان هيأها بان حفر فيها بئرا للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيها صيد أو تعلق به ملكه ألا ترى أنه لو حط طشتا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه وكذا لو بسط ذيله للنثار ليقع فيه الشئ المنثور ملكه بالوقوع فيه (و) لم يجز أيضا بيع (الحمل) وهو ما كان في البطن (و) لا بيع (النتاج) وهو ما يحمله هذا الحمل لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم وأحمد وأبو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص رواه أحمد والترمذي وابن ماجه (و) لم يجز أيضا بيع (اللبن في الضرع) لما روينا و يجوز عند مالك اذا كان أياما معلومة لو عرف قدر حلابها (و) لم يجز أيضا بيع (اللؤلؤ في الصدف) لان فيه غرورا وقد نهى عنه عليه السلام ألا ترى أنه مجهول ولا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن أبي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا

قوله ولم يجز أيضا بيع اللؤلؤ في الصدف هذا المتن وشرحه ساقط من خط المؤلف نص عليه الشيخ الشهداوي وهي من الزيلعي اهـ من بعض الهوامش

هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب فى غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض (و) لم يجز أيضا بيع (الصوف على ظهر الغنم) لما روينا أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر الغنم أو لبن فى ضرع أو سمن فى لبن رواه الدارقطنى وعن أبى يوسف أنه يجوز بيعه لانه مقدور التسليم فى الحال وبه قال مالك وفى الفتاوى الصغرى بيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لانه ينمو من أسفله أما بيع قوائم الخلاف فالقياس أن لا يجوز ولكن جاز لتعامل الناس فيه ولان النمو من أعلاه لا من أسفله فلا يتمكن الغرر وبيع الكراث يجوز وان كان ينمو من أسفله للتعامل وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول (و) لم يجز أيضا بيع (الجذع فى السقف) وهى القطعة من النخل أو غيره يوضع عليه الاخشاب لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلحقه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكره ولو قلعه البائع وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشترى البيع لزوال المانع بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وسلمه حيث لا يعود صحيحا وبخلاف ما اذا باع بزرا فى بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم بخلاف الحبوب فى غلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا يسمى به فيقال هذا باقلا وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وفى فتاوى الولوالجى رجل باع النواة فى التمر فالبيع فاسد لانه لا يمكن نزعها الا بضرر وأما اذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز وكذا اختار الفقيه أبو الليث لانه لا ضرر فى نزعه (و) لم يجز أيضا بيع (ذراع من ثوب) لان التبعيض يضره ولو قطعه وسلمه جاز وهذا فى ثوب يضره القطع كالمهيأ للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة (و) لم يجز أيضا بيع (ضربة القانص) بالقاف والنون وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة وهو من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا صاد وروى فى تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص بالغين المعجمة والياء آخر الحروف بعد الالف وهو غوص الصائد فى الماء أو غوص الرجل فى البحر لاجل اللؤلؤ لما روينا (و) لم يجز أيضا بيع (المزابنة) وهو بيع التمر على رأس النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لحديث أنس رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخارى والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل أن تنتهى وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعى تجوز المزابنة فيما دون خمسة أوسق لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المزابنة بيع الثمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم رواه البخارى والترمذى وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه وبه قال أحمد وللشافعى قولان فى الخمسة وفى الزائد يبطل قولا واحدا ولنا ما روينا ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيرها أن يهب رجل ثمرة نخلة من بستانه ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه قدره مجذوذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا وسمى ذلك بيعا مجازا لانه فى الصورة عوض مما أعطاه أولا فكانه اتفق فى الواقعة خمسة أوسق أو دونه فظن الراوى أن الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب ويحتمل

أن

أن الراوى ظن أنه بيع (و) لم يجز أيضا بيع (الملامسة) لما رويناوهى من بيوع الجاهلية كان الرجلان يتساومان سلعة فاذا لمسها المشترى أو نبذها اليه البائع أووضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثانى بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عنها وفى المنتقى عن أبى حنيفة هى أن يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع أو يقول المشترى كذلك (و) لم يجز أيضا بيع (القاء الحجر) لما ذكرنا وفى المنتقى القاء الحجر أن يقول المشترى أو البائع اذا ألقيت الحجر وجب البيع (و) لم يجز أيضا بيع (ثوب من ثوبين) لجهالة البيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بأن اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز لما بينا (و) لم يجز أيضا بيع (المراعى) وهو جمع مرعى الدواب والمراد به بيع الكلا الذى فيها دون رقبة الارض لان بيع الارض جائز واجارتها جائزة اذا كان مالكالها (و) لا يجوز (اجارتها) أى اجارة المراعى أيضا وانما لم يجز البيع والاجارة فيها لان الكلا ليس بمملوك له اذ لا يملكه بنباته فى أرضه مالم يحرزه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلا والنار رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرزه والحيلة فيه أن يستأجر الارض لايقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الاجرة فيحصل غرضهما به هذا اذا نبت الحشيش بنفسه وان أنبته صاحب الارض بأن سقاها أو حدق حولها وهيأها للانبات ملكه وجاز بيعه ويدخل فى الكلا جميع أنواع ماترعاه المواشى رطبا كان أو يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت فى أرضه لانه يملكها بالنبات فيه والكمأة كالكلا وفى الغاية لا يجوز اجارة القصيل لرعى دوابه كما لا يجوز أن يستأجر بقرة لشرب لبنها وفى فتاوى الولوالجى رجل باع الزرع وهو قصيل فهذا على ثلاثة أوجه ان باعه على أن يقطعه المشترى أو يرسل دابته فيه فيأكله جاز لانه شرط ما يقتضيه العقد وان باع على ان يترك لا يجوز لانه شرط ما لا يقتضيه العقد وكذلك لو اشترى رطبة على هذه الوجوه الثلاثة (و) لم يجز أيضا بيع (النحل) وهو دود العسل عندهما وعند محمد يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه معتاد فيجوز للحاجة وبه قالت الثلاثة وبه يفتى وقال صاحب المجمع يجوز بيع النحل تبعا للكوارات عندهما وعند محمد يجوز مطلقا وقال الكرخى فى مختصره ولا يجوز بيع النحل عند أبى حنيفة وأبى يوسف فان كان فى كواراتها عسل فاشترى الكوارات بما فيها جاز (و) بيع (دود القز و بيضه) أى يجوز بيعهما عند محمد والثلاثة وعند أبى حنيفة لا يجوز بيعهما وأبو يوسف معه فى الدود ومع محمد فى بيضه وقيل فيه أيضا معه والفتوى على قول محمد ولذلك نص عليه الشيخ بالجواز وقال الكرخى فى مختصره وأجاز محمد بيع النحل اذا كان مجموعا وكذلك دود القز يجوز بيعه والسلم فيه كيلا اذا كان فى وقته وجعل أجله فى وقته وكان محمد يضمن من قتل دود القز وروى عن أبى حنيفة انه لا يضمن من قتله وقال الكرخى وأجمعوا ان بيع هوام الارض لا يجوز كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الارض كلها وقالوا لا يجوز بيع شئ فى البحر من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك الا السمك وفى الاجناس قال محمد بن الحسن اذا كانت الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين

أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذلك لو كان العمل منهما لايجوز وانما يجوز اذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما مانصفان وأما اذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز وفي فتاوى الولوالجي امرأة اعطت بذر القز وهو بذر الفيلق بالنصف امرأة فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحب البذر قيمة الاوراق وأجرة مثلها وعلى هذا اذا دفع البقرة الى انسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر المثل وكذلك اذا دفع الدجاجة لتكون البيضة بالنصف (والآبق) بالجر عطف على ماقبل دود القز أي ولم يجز أيضا بيع العبد الآبق لمارويناه بخلاف العبد المرسل لحاجته لوجود القدرة على تسليمه (الا أن يبيعه) أي الآبق (ممن يزعم) البائع (أنه) أي ان الآبق (عنده) لان النهي ورد في الآبق المطلق وهو أن يكون آبقا عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله النص المطلق ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده اذا كان أشهد عند الاخذ أنه يأخذه ليرده على صاحبه لانه أمانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون على المشتري ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد خلافا لابي يوسف فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه آبق عندهما ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا بخلاف ما اذا باعه ثم أبق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز وعن أبي حنيفة أنه يعود صحيحا ولو أعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته في وقت العتق أجزأ عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير او ليتيم في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما بقي من اليد يكفي في الهبة دون البيع (و) لم يجز أيضا بيع (لبن امرأة) اذا كان في وعاء سواء كان من حرة أو أمة وقال الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر قلنا انه جزء آدمي مكرم وفي البيع اهانته فلا يجوز وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الامة تبعا لها وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته الا ترى ان رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بمال وذكر في اجارة العيون لو أن رجلا استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا فانه لا يجوز لان اللبن له قيمة (و) لم يجز أيضا بيع (شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر (وينتفع به) أي بشعر الخنزير (للخرز) للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف لا يتأتى الا به فكان فيه ضرورة وعن أبي يوسف انه يكره لانه يتأتى بغيره ثم لا حاجة الى شرائه لانه يوجد مباح الاصل وقال الفقيه أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء للضرورة وأما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع ولا بأس للاساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف خلافا لمحمد (و) لم يجز أيضا بيع (شعر الانسان و) لا (الانتفاع به) لانه جزء آدمي مكرم وعن محمد جواز الانتفاع به (و) لم يجز أيضا بيع (جلد الميتة قبل الدبغ)

لما

لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها رواه أبو داود وغيره (وبعده) أى بعد الدبغ (يباع) لانه طهر بالدبغ خلافا لمالك وأحمد (وينتفع به) أى بجلد الميتة بعد الدبغ خلافا لمالك وعنه يجوز استعماله فى الجامد دون المائع (كعظم الميتة) أى كما يجوز بيع عظم الميتة (وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها) ويجوز الانتفاع بها أيضا لان الحياة لا تحلها وعند الشافعى لا يجوز بيعها ولا الانتفاع بها لانها نجسة لانها من أجزاء الميتة وبه قال أحمد فى رواية وعند مالك عظم الميتة نجس دون شعرها وكذلك يجوز عندنا بيع جلد الكلب مدبوغا خلافا للشافعى والحسن ويجوز أيضا بيع عظم الفيل عندهما خلافا لمحمد فانه نجس العين عنده وعندهما كالسباع وقال الكرخى فى مختصره وأما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه ولم يذكر الخلاف وقال البخارى فى جامعه وقال ابن سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وفى العيون روى ابراهيم بن رستم عن محمد فى امرأة صلت وفى عنقها قلادة فيها سن كلب أو أسد أو ثعلب فصلاتها تامة لانه يقع عليها الذكاة (و) لم يجز أيضا بيع (علو سقط) لان له حق التعلى لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب حيث يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه ضمن قيمته وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته (و) لم يجز أيضا بيع (أمة تبين انه عبد وكذا عكسه) صورته اشترى أو باع شخصا على انه أمة فتبين انه عبد أو على انه عبد فتبين انه أمة لم يجز البيع استحسانا والقياس انه يجوز وهو قول زفر لانه اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف فى الحيوان وهو يوجب الخيار لا الفساد كما فى البهائم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة أو بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه وجه الاستحسان أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت فى المقاصد فلا يصح البيع بخلاف البهائم وذكر الكرخى فى مختصره ولو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج أو باع ثوبا على انه خز فاذا هو مرعزى فالبيع باطل (و) لم يجز أيضا (شراء ما باع بالاقل) أى باقل من الثمن الاول (قبل النقد) أى قبل ان يقبض البائع الثمن وقال الشافعى يجوز كما لو اشتراه بثوب قيمته أقل مما باعه ولنا انهما اصطلحا على أن ماليته مقدرة بثمن معين بعشرة مثلا فاذا اشتراه بأقل منه مع بقاء هذا التقدير فقد اشترى ما لا مقدرا بعشرة بتسعة فيكون ربا وان اشتراه بمثل الثمن الاول أو بالزيادة يجوز اجماعا وكذا لو اشتراه بالاقل بعد نقد الثمن يجوز اجماعا ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه وقال أبو يوسف ومحمد يجوز فى غير العبد والمكاتب ولو اشترى ما بيع له بأن باع وكيله لم يجز أيضا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن أبى يوسف انه لا يجوز ثم الشرط أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه لانه لو باعه المشترى أو وهبه لرجل أو أوصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز والشرط أيضا ان

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

يكون الثمنان متحدين جنسا الا انه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني أقل والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر رحمه الله وفي الغاية ويجوز الشراء بالاقل اذا تعيب عند المشتري لان ما بقي من الثمن يكون بازاء ما فات من المبيع بسبب العيب (وصح) البيع (فيما ضم اليه) أي الى المشتري بفتح الراء بأن اشترى مثلا جارية بألف ثم باعها وأخرى معها بألف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشترها من البائع ويفسد في الاخرى لانه لابد أن يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه صح (وزيت) بالجر عطف على مالا يجوز من البيوع أي ولم يجز أيضا بيع زيت (على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه) أي عن الزيت (مكان كل ظرف خمسين رطلا) لانه شرط لا يقتضيه العقد (وصح) البيع (لو شرط) المشتري (ان يطرح عنه) أي عن الزيت (بوزن الظرف) لان هذا شرط يقتضيه العقد لان مقتضاه ان يخرج عنه وزن الظرف (وان اختلفا) أي المتبايعان (في) وزن (الزق) بأن اشترى سمنا مثلا في زق فرد المشتري الزق وهو عشرة ارطال مثلا فقال البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة ارطال (فالقول للمشتري) لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وفي الاصل القول قول المشتري مع يمينه وعلى البائع البينة (ولو أمر) مسلم (ذميا بشراء خمر أو بيعها) أي أو أمره ببيع خمر (صح) هذا الامر عند أبي حنيفة وقالا لا يصح لان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله كمسلم وكل مجوسيا بأن يزوجه مجوسية حيث لا يجوز اجماعا وله ان الوكيل أهل لنفس التصرف والموكل لحكمه الاترى أنه يملك الخمر والخنزير بالارث بان كان لذمي فاسلم فمات قبل أن يسيب الخنزير ويخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون وكذا لو تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسي لانه سفير ومعبر فيه فيكون مضافا الى الموكل ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه وفي التوكيل بشراء الخمر يملكها حكما فيخللها وان كان خنزيرا يسيبه وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع صيده (وأمة) بالجر عطف على مالا يجوز من البيوع فيما مضى أي ولم يجز أيضا بيع أمة (على ان يعتق المشتري) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو قول مالك وأحمد لان البيع يقتضي ملك الاعتاق قلنا لا نسلم بل يقتضي اطلاق أي تصرف كان لا تصرفا معينا ولو أعتقه المشتري جاز استحسانا عند أبي حنيفة ويجب عليه الثمن وقالا تجب عليه القيمة وهو القياس (او) على أن (يدبر) المشتري (او) على أن (يكاتب او) على أن (يستولد) الامة لما روينا وعند الثلاثة صح في الكل الا في قول للشافعي وأحمد في رواية (او) أن يبيع أمة (الا حملها) فكذلك فسد البيع لان مالا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب الاول يفسد فيه العقد والاستثناء كالبيع والاجارة والكتابة والرهن الثاني العقد فيه جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح

والخلع

والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للام في هذه العقود ويصير هو حيث صارت هي الثالث يجوز فيه العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجاريته لانسان الا حملها صح وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا الوصية (أو) باع عبدا مثلا على ان (يستخدم البائع شهرا أو) باع (دارا على ان يسكن) البائع فيه شهرا مثلا أو باع شيأ على أن (يقرض المشتري) للبائع (درهما أو) على ان (يهدي له) هدية (أو) باع شيأ على ان (لا يسلم) البائع المبيع (الى كذا) الى شهر مثلا أو شهرين لان هذه الشروط كلها لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد (و) لم يجز أيضا بيع (ثوب على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا) لما ذكرنا (وصح بيع نعل) وأراد به الصرم وهو تسمية الشئ باسم ما يؤول اليه (على ان يحذوه) البائع من حذوت النعل بالنعل اذا قدرت كل واحدة على صاحبتها (و) أن (يشركه) البائع من التشريك وهو وضع الشراك على النعل وهو السير الذي على ظهر القدم وقال زفر لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان تعامل الناس به من غير نكير ولهذا جوز الاستصناع واستئجار الصباغ والظئر والحمام وان كان اجارة على استهلاك الاعيان (لا) يصح (البيع الى النيروز والمهرجان) وهما معربان والاصل نوروز ومهركان والاول يوم في طرف الربيع والثاني يوم في طرف الخريف وقال في زيج كوشيار النيروز أول يوم من فروردين ماه والمهرجان هو اليوم السادس عشر من مهرماه وقال أبو الريحان في تفهيمه في ذلك اليوم ظفر افريدون بالضحاك وحكي عن أبي حفص الكبير رحمه الله قال لو ان رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز فاهدى الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر بالله وأحبط عمله خمسين سنة كذا في الغاية (وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك) لان هذه الآجال مجهولة فتفضي الى المنازعة حتى اذا علم المتعاقدان ذلك جاز وقيل اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة (و) لا يصح ايضا (الى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها وهو قطع الزرع وقرئ بهما قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده (والدياسة) وهو دوس الزرع في البيدر بوطء الدواب (والقطاف) وهو قطع العنب من الكرم وكذا لا يجوز الى الجزاز وهو جز الصوف والى الجداد بالجيم والذال المعجمة وهو قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات المذكورة (صح) التكفيل لان هذه جهالة يسيرة فتحتمل في الكفالة لكونها تبرعا بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح ونحوه فانه لا يصح (وان أسقط الاجل) المضروب الى هذه الاوقات (قبل حلوله) بأن أسقطاه قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج (صح) البيع وقال زفر لا يصح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب صحيحا وبه قالت الثلاثة ولنا ان سبب الفساد قد ارتفع بالاسقاط فعاد جائزا وانما قال أسقط على بناء المجهول لان في لفظ القدوري فان تراضيا على اسقاطه ما يوهم ان التراضي شرط وليس كذلك فان المشتري اذا أسقطه قبل ذلك جاز ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تأجيل الدين والجهالة في تأجيل الدين محتملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارنة له فيفسد وفي الخلاصة

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

ولو باع الى هبوب الريح أو الى أن تمطر السماء لم يصح وان أبطل الاجل لم ينقلب جائزا (ومن جمع بين حر وعبد) فى البيع (او) جمع فيه بين (شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) أى فى الحر والعبد أو فى الشاة الذكية والميتة عند أبى حنيفة وان (فصل الثمن) أى ثمن كل واحد منهما (اولا) أى أولم يفصل وقالا يصح فى العبد والذكية ويبطل فى الحر والميتة ان فصل لان الصفقة متعددة لتفصيل الثمن فلا يسرى الفساد من احداهما الى الاخرى وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى رواية وله أن العقد عليهما صفقة واحدة بدليل أنه لا يملك القبول فى احداهما دون الاخرى فيبطل العقد فى الجميع كما اذا أطلق الثمن لانه جعل قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه العقد فكان شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد (وان جمع) فى البيع (بين عبد ومدبر او) جمع بين عبده وعبد غيره او) جمع (بين ملك ووقف صح) البيع (فى القن) أى فى العبد فيما اذا جمع بين عبده ومدبره (و) صح أيضا فى (عبده) فيما اذا جمع بين عبده وعبد غيره (و) صح أيضا فى (الملك) فيما اذا جمع بين ملك ووقف وقال زفر لا يصح فى الكل كما لو باع حرا وعبدا صفقة واحدة ولنا أنه باعهما بمسمى معلوم فانعقد عليهما جملة واحدة فتنفذ فى القن والملك بالحصة وتوقف فى المدبر على قضاء القاضى وفى عبد الغير على اجازة مولاه وأما فى الملك والوقف فروايتان فى رواية يفسد فى الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف فصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث فى نوازله والاصح أنه يجوز فى الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما يضم اليه لانه ليس بمال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وكذا على الخلاف اذا جمع بين عبد ومكاتب أو بين عبد وأم ولد لان القاضى اذا قضى بجواز بيع أم الولد ينفذ وفى المكاتب ينفذ برضاه فى الاصح وفى الغاية اذا قضى القاضى بجواز بيع أم الولد فهل ينفذ أم لا وهذه المسألة كانت مختلفا فيها فى الصدر الاول وكان عمر رضى الله تعالى عنه لا يجيز بيعها وكان على رضى الله عنه يجيز بيعها ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعها فاذا قضى القاضى بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك فى موضع الاجماع أو فى موضع الخلاف وذلك بناء على أن الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الاجماع وعندنا ينعقد هذا الاجماع ويرتفع الخلاف السابق وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وفى فصول الاستروشنى وفى قضاء القاضى بجواز بيع أم الولد روايات وأظهرها أنه لا ينفذ وفى قضاء الجامع أنه يتوقف على امضاء قاض آخر ان أمضى ذلك القاضى نفذ وان أبطل بطل وهذا أوجه الاقاويل

* هذا (فصل) فى بيان أحكام تصرفات البائع والمشترى فى الثمن والمبيع وفيما يكره من البيوع وما لا يكره (قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد) كالبيع بالخمر أو بشرط لا يقتضيه العقد واحترز به عن البيع الباطل فانه لا يفيد الملك أصلا ولو بالقبض وقيد بقوله (بأمر البائع) أى باذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك ولا بد له من اذن صريح بعد الافتراق وقبله فى المجلس يكتفى بالدلالة والواو فى قوله (وكل من عوضيه) أى عوضى البيع وهما الثمن والمبيع

(مال)

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

(مال) للحال أى والحال أن كل واحد من العوضين مال ولو كان أحد العوضين غير مال كالحر والميتة والدم يكون البيع باطلا ولا يفيد الملك وان اتصل به القبض ويكون المبيع أمانة حتى لو هلك لا ضمان على القابض وعند الثلاثة يضمن وهو رواية عن أصحابنا (ملك) المشترى (المبيع بقيمته) يوم القبض لانه به دخل فى ضمانه وعند محمد يعتبر قيمته يوم أتلف لانه به يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلاله صورة ومعنى وهذا على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه وقال الشافعى لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولكنه فسد باعتبار وصفه فاذا ازال هذا الوصف ينعقد أصلا ووصفا (ولكل منهما) أى من المتبايعين فى البيع الفاسد (فسخه) أى فسخ البيع قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذى فيه الخيار فكان كل منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه وأما بعد القبض فان كان الفساد فى صلب العقد بأن كان راجعا الى احد البدلين كالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان بشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لاحدهما يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد وعندهما لكل منهما فسخه فيفسخه بعلم صاحبه فى الكل وعند أبى يوسف لا يشترط علمه قال الشارح رحمه الله معنى قوله ولكل منهما على كل منهما لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها قلت لا يحتاج الى هذا التكليف وانما اللام على أصله لانه يبين ان لكل واحد منهما سبيلا من الفسخ لان واحدا منهما ينفرد به بدون علم الآخر وان لم يكن برضاه (الا ان يبيع المشترى) الذى اشتراه بالبيع الفاسد (او يهب) بأن كان عبدا مثلا فوهبه لشخص (او يحرر) بأن كان عبدا فأعتقه (او يبنى) المشترى بأن كان عقارا فبنى فيه فهذه التصرفات تمنع الفسخ لان المشترى ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع فى الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ أو لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع فى الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد ونظير البيع الكتابة والرهن لانهما لازمان الا أنه اذا عجز المكاتب أو فك الرهن يعود حق الاسترداد وكذا لو رجع فى الهبة يعود حق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء وعلى أصل الثلاثة لا ينقطع حق الاسترداد بل يسترد البائع بهذه التصرفات وفى البناء خلاف أبى يوسف ومحمد فعندهما لا ينقطع حق الاسترداد بل يسترد البائع وينقض ما بناه المشترى لان حقه فى الاسترداد آكد من حق الشفيع وحقه لا يبطل مع ضعفه فهذا أولى ولابى حنيفة أن حق الاسترداد فى البيع الفاسد حق الشرع والبناء حق المشترى وحق العبد مقدم لحاجته والمشترى بنى بتسليط البائع فلا يكون له نقضه وعلى هذا الخلاف الغرس (وله) أى للمشترى (ان يمنع المبيع عن البائع) اذا تفاسخا

بعد قبض العوضين (حتى يؤخذ الثمن منه) أى من البائع لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا أرباب الديون والورثة وعلى هذا لو استأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة اوارتهن رهنا فاسدا أو اقترض قرضا فاسدا وأخذ به رهنا له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن وما أقرض حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا فان مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما فى يده من المقبوض من سائر الغرماء (وطاب للبائع ما) أى الذى (ربح) فى البيع الفاسد (لا) يطيب (للمشترى) ما ربح فان كان المبيع من الاشياء التى تتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل منهما يطيب للبائع لان ما لا يتعين منه يجب فى ذمته فلا يتمكن الخبث فيه بخلاف ما يتعين لان العقد يتعلق به فيتمكن الخبث فيه فيجب التصدق به هذا فى الخبث الذى يكون لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد وهل يتعين ردّ المقبوض من الثمن بعينه فى البيع الفاسد أم لا قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض والاول أصح وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح من الثمن عندهما كما فى المغصوب (ولو ادّعى) شخص (على) شخص (آخر دراهم فقضاها) المدّعى عليه (اياه) أى المدّعى (ثم تصادقا) أى المدّعى والمدّعى عليه (انه) أى أن المدّعى عليه (لا شئ عليه) من تلك الدراهم التى ادّعى بها عليه (طاب له) أى للمدّعى الذى قبض الدراهم وربح فيها (ربحه) لان الخبث لفساد الملك لانه ملكه أولا بالتصادق ثم استحق به أنه لا شئ عليه (وكره النجش) بفتحتين وروى بسكون الجيم وهو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يبيع حاضر لباد وان يتناجشوا رواه البخارى ومسلم وأحمد والتناجش أن يكون من اثنين (و) كره (السوم على سوم غيره) وهو أن يرضى المتعاقدان بالبيع ويستقر الثمن بينهما ولم يبق الا العقد فيزيد عليه ويبطل بيعه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم غيره رواه البخارى ومسلم وأحمد وانما يكره اذا جنح قلب البائع الى البيع بالثمن الذى سماه المشترى وأما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال أنس رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه أحمد والترمذى ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه وكذلك يكره النجش فيما اذا كان الراغب فى السلعة يطلبها بمثل ثمنها وأما اذا طلبها بدون ثمنها فلا بأس بأن يزيد الى أن يبلغ قيمتها وكذا النهى عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضى (و) كره (تلقى الجلب) أيضا بفتح اللام بمعنى المجلوب لقول ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقى البيوع رواه البخارى ومسلم وصورته أن واحدا من أهل المصر يتلقى الميرة فيشترى منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن هذا اذا كان يضر بأهل البلد بأن كانوا فى قحط وان كان لا يضر بهم فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين وقال بعضهم صورته أن يتلقيه رجل من أهل المصر فيشتريه منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون سعر المصر فالشراء جائز فى الحكم ولكنه مكروه لانه غرور وسواء

استضربه

استضربه أهل المصر أولم يستضروا به (و) كره (بيع الحاضر للبادي) أيضا لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا رواه البخاري ومسلم وآخرون وفى الاختيار هو أن يجلب البادى السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب وفى شرح الطحاوى صورته أن الرجل اذا كان له طعام وأهل المصر فى قحط وهو لا يبيعه من أهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيعه من أهل البادية بثمن غال وأهل المصر يتضررون فلا يجوز وان كانوا لا يتضررون بذلك فلا بأس ببيعه منهم والى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية والركبان جمع راكب ويقال للمتوسط بين البائع والمشترى سمسار (و) كره (البيع) أيضا (عند اذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع والاذان المعتبر فى تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وعند مالك وأحمد لا ينعقد البيع أصلا (لا) يكره (بيع من يزيد) لما روينا (ولا يفرق) البائع فى البيع (بين صغير وذى رحم محرم منه) مثل الاب والابن والام والابن والاخوين والمقصود منه القرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة رواه أحمد والترمذى وعن أبى موسى رضى الله عنه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الاخ وأخيه رواه ابن ماجه والدارقطنى ثم لابد من اجتماعهما فى ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لابنه الصغير له أن يبيع أحدهما التفرق الملك وكذا لو كان التفريق بحق مستحق عليه كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب وكذا لا بأس بالتفريق اذا تعذر اخراج أحدهما بالتدبير او الاستيلاد أو الكتابة وله أن يعتق أحدهما وان كان فيه تفريق لانه أنفع له من ابقائه على الرق وفى النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان أو مكاتبا أو مأذونا له فى التجارة وأما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع وعن أبى يوسف أنه يفسد البيع فى قرابة الولاد ويجوز فى غيره وعنه أنه يفسد فى الجميع لما روينا وبه قال زفر والثلاثة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فينفذ والنهى لمعنى فى غيره فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان ولكنه يكره للنهى (بخلاف الكبيرين والزوجين) حيث يجوز التفريق بينهما لان النص ورد على خلاف القياس فى القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره وفيه خلاف أحمد والله أعلم

هذا (باب) فى بيان احكام (الاقالة)

وهو مصدر من أقال أجوف يائى ومعناه القلع والرفع وقيل هو مشتق من القول والهمزة للسلب أى أزال القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كأشكى اذا أزال شكواه وهذا لا يصح لانه يقال قلته البيع بالكسر فهذا يدل على أن عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم (هى) أى الاقالة (فسخ) أى ازالة للبيع (فى حق المتعاقدين بيع) جديد (فى حق ثالث) كالشفيع عند أبى حنيفة فان لم يمكن جعله فسخا بأن كان المبيع جارية فولدت بطلت الاقالة ويبقى البيع على حاله وقال أبو يوسف الاقالة بيع فان تعذر جعلها بيعا كما فى المنقول

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

قبل القبض يجعل فسخا الا أن لا يمكن كما اذا ولدت المبيعة فبطلت الاقالة وقال محمد هى فسخ الا أن لا يمكن بأن سمى ثمنا أكثر من الثمن الاول أو جنسا آخر فيجعل بيعا الا أن لا يمكن فيبطل وقال زفر ومالك وأحمد فى رواية هى فسخ فى حق الكل بكل حال وعن مالك وأحمد فى رواية بيع بكل حال وفائدة قول أبى حنيفة انها فسخ فى حق المتعاقدين يظهر فى خمس مسائل الاولى أنه يجب على البائع الثمن الاول وما سميا عند الاقالة بخلافه باطل الثانية أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا فى حقهما لفسد البيع وعند الثلاثة تفسد بها الثالثة اذا تقايلا ولم يسترد البائع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز البيع ولو كان بيعا فى حقهما لبطل لكونه بائعا ما اشتراه قبل القبض ولو باعه من غير المشترى لا يجوز لانه بيع جديد فى حق غيرهما الرابعة اذا وهب المبيع من المشترى بعد الاقالة فالهبة جائزة ولو كان بيعا فوهبه المشترى من البائع فقبله البائع ينفسخ البيع الخامسة لو كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن صح قبضه فلو كان بيعا لما صح من غير اعادتهما وأما فائدة قوله بيع جديد فى حق ثالث فكذلك تظهر فى خمس مسائل احداها اذا كان المبيع عقارا وسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملكه فبلغ الشفيع فطلب الشفعة يقضى له بها لكونه بيعا فى حق غيرهما الثانية اذا باع المشترى المبيع من آخر وقبضه أو لم يقبضه ثم تقايلا واطلع على عيب كان عند البائع الاول فأراد أن يرده عليه بالعيب ليس له ذلك لانها بيع فى حق الثالث الثالثة اذا اشترى شيأ وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى فاشتراه البائع منه بأقل من الثمن قبل نقده فالشراء جائز فكان فى حق البائع كالملك بسبب جديد الرابعة لو وهب لرجل شيأ وقبضه ولم يعوضه حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد ليس للواهب الرجوع فيها لان البائع فى حق الواهب بمنزلة المشترى الخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبد الخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت فى يده فانه لا تسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد فى حق الثالث وهو الفقير (وتصح) الاقالة (بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر) من الثمن الاول (و) شرط (الاقل) منه (بلا تعيب) عند المشترى قيد به لانه اذا تعيب عنده يجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب (و) شرط (جنس آخر) من خلاف الثمن الاول (لغو) أى باطل عند أبى حنيفة لانها منبئة عن الفسخ والازالة فتقتضى رفع الموجود (و) اذا كان كذلك (لزمه الثمن الاول) وعند أبى يوسف يلزمه ما شرط وعند محمد يلزمه ما شرط فى صورة الزيادة وخلاف الجنس وفى صورة اشتراط الاقل يلزمه الثمن الاول ويلغو الشرط (وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة) لان قيام العقد ليس بالثمن بل بالمعقود عليه (وهلاك المبيع يمنع) صحة الاقالة لان قيام العقد بقيام المعقود عليه (وهلاك بعضه) أى بعض المبيع يمنع (بقدره) ويصح فى باقيه لقيام البيع فى الباقى وهذا بالاجماع الا فى وجه للشافعية يوضح ذلك ما ذكره فى شرح الطحاوى أنه اذا تبايعا عينا بعين مما يتعين كل منهما للعقد وتقابضا ثم هلك أحدهما فى يد مشتريه ثم تقايلا فالاقالة صحيحة وعلى المشترى قيمة الهالك أو مثله ان كان مثليا يسلمه الى صاحبه ويسترد العين منه وكذلك لو تقايلا والمعقود عليهما قائمان ثم هلك أحدهما ولو اشترى عينا مما يتعين للعقد بثمن دين كما اذا اشترى عرضا من العروض بعينه

بدراهم

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

بدراهم أو بدنانير وعين الدراهم أو الدنانير أولم يعينهما لانهما لا يتعينان فى المبادلات وان عينتا وكذلك الفلوس وكذلك الكيلى والوزنى اذا كان موصوفا بغير عينه والعددى لان الكيلى والوزنى أوصافهما ثمن وأعيانهما سلع ثم تقايلا البيع فانه ينظر ان كانت العين قائمة فى يد المشترى صحت الاقالة سواء كان الثمن قائما فى يد البائع أو هالكا لان الثمن وان كان قائما فهو فى حكم الهالك لانه لا يتعين للعقد ولو كان المعقود عليهما عرضين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا لا تصح الاقالة وكذا لو كان أحدهما هالكا وقت العقد والآخر قائم حتى صحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة ولو عقدا عقد السلم ورأس المال عرض يتعين للعقد أو دراهم أو دنانير أو فلوس مما لا يتعين للعقد ثم تقايلا السلم ورأس المال فى يد المسلم اليه قائم أو هالك فان الاقالة صحيحة لان المسلم فيه وان كان دينا فى الحقيقة فانه له حكم العين الا ترى ان استبداله قبل القبض لا يجوز فصارا كأنهما تقايلا وأحد المعقود عليهما قائم فان كان رأس المال قائما وهو مما يتعين للعقد فعلى المسلم اليه رد عينه وان كان هالكا فعليه رد القيمة ان كان غير مثلى أو مثله ان كان مثليا وان كان رأس المال مما لا يتعين للعقد فعليه رد مثله قائما كان أو هالكا وكذلك لو قبض المسلم فيه ثم تقايلا والمقبوض قائم فى يد رب السلم صحت الاقالة على ما ذكرنا وعلى رب السلم رد عين ما قبض لان المقبوض بعقد السلم كعين ما ورد عليه العقد ألا ترى أنه يجوز بيعه مرابحة على رأس المال والله أعلم

❊ هذا (باب) فى بيان أحكام (التولية)

وهى مصدر ولى غيره أى جعله واليا وفى الشرع (هى) أى التولية (بيع بثمن سابق) وهو البيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان (والمرابحة) مصدر ومن رابح وفى الشرع هى بيع (به) أى بثمن سابق (وبزيادة) وهذا التعريف أحسن من قول بعضهم هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه أن ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له أن يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد وفى التحفة البيع فى حق البدل ينقسم خمسة أقسام بيع المساومة وهو البيع بأى ثمن اتفق وهو المعتاد والثالث بيع المرابحة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح والثالث بيع التولية وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع التولية فى بعض المبيع من النصف ونحوه والخامس بيع الوضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع نقصان يسير منه (وشرطهما) أى شرط التولية والمرابحة (كون الثمن الاول) وهو الذى ملك به المبيع ووجب بالعقد (مثليا) أى مما له مثل كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون فاذا كان الثمن الاول ثوبا مثلا أو حيوانا فمثله قيمته وهى مجهولة لا يمكن معرفتها حقيقة فلم يجز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه أو به وبزيادة ربح معلوم لانتفاء الجهالة حينئذ ومن شرطهما أن لا يكون صرفا حتى لو باع دراهم بدنانير لا يجوز فيه المرابحة ولا التولية لانهما فى الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية والمقبوض غير ما وجب بالعقد ويوضح ذلك ما ذكره فى التحفة اذا باع شيأ مرابحة على الثمن الاول فلا يخلو اما أن يكون من ذوات الامثال كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

أو يكون من العدديات المتفاوتة مثل العبيد والثياب والدور والبطاطيخ والرمان ونحوها أما
اذا كان الثمن الاول مثليا فباعه مرابحة على الثمن الاول بزيادة ربح يجوز سواء كان الربح
من جنس الثمن الاول أو لم يكن بعد أن يكون شيأ مقدرا معلوما نحو الدرهم وثوب مشار اليه
أو دينار لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم فأما اذا كان الثمن الاول لامثل له فأراد بيعه
مرابحة عليه فهذا على وجهين اما أن يبيعه ممن كان العوض في يده وملكه أو من غيره فان باعه
ممن ليس في ملكه ويده لايجوز لانه لايخلو اما أن يبيعه مرابحة بذلك العوض أو بقيمته ولا وجه
للاول لان العوض ليس في ملك من يبيعه منه مرابحة ولا وجه أن يبيعه منه مرابحة بقيمته لان
القيمة تعرف بالحزر والظن فتتمكن فيه شبهة الخيانة وأما اذا أراد أن يبيعه مرابحة ممن كان
العوض في يده فهذا على وجهين ان قال أبيعك مرابحة بالثوب الذى في يدك وبربح عشرة
دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهى معلومة وان قال أبيعك بربح ده يازده
فانه لايجوز لان تسمية ده يازده أحد عشر يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه
لايكون أحد عشر الا أن يكون الحادى عشر من جنس العشرة فصار كأنه باع بالثمن الاول
وهو الثوب وبجزء من الجنس الاول والثوب لامثل له من جنسه (وله) أى للبائع (أن يضم الى
رأس المال أجرة القصار) أى الذى قصر الثوب (و) أجرة (الصبغ) بعصفر أو زعفران أو سواد
أو صفرة (و) أجرة (الطراز و) أجرة (الفتل) من فتلت الثوب اذا أخرجت له طرة كما يعمل في
أطراف المناديل والطيالسة (و) أجرة (حمل الطعام) أى تحويله من موضع الشراء (و) أجرة
(سوق الغنم) من موضع الشراء الى منزله وكذا غير الغنم لان العرف جرى بالحاق هذه الاشياء
برأس المال وكذا يضيف الى رأس المال أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطى
البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار
فان فعل شيأ من ذلك بيده لايضمه وفى المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته وكراءه وأجرة
السمسار ان كانت مشروطة في العقد ولايضم أجرة الدلال بالاجماع وكذا ماهو سبب لبقائه
كالطعام وفى المخزن يضم لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد وفى التحفة
وأما أجرة السمسار في ظاهر الرواية ملحقة برأس المال وفى البرامكة قال لايلحق وقال الكرخى
فى مختصره وكذا اذا كان مضاربا أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم ومالابد منه اذا كان
ما أنفق من ذلك بالمعروف فان كان اسرف لم يضم الفضل وضم مابقى ولايضم ما أنفق على نفسه
فى سفره وكسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولايضم أيضا ما أنفق على مرض الرقيق
من أجرة طبيب أو حجام أو دواء ولايضم جعل الآبق ولايضم التاجر أيضا ما أنفق على نفسه
ولايضم ما أنفق على الرقيق فى تعليم صناعة ولا قرآن ولا في شعر ولا فى تعليم غير ذلك (ويقول
قام) هذا (على بكذا) من الدراهم والدنانير ولايقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب
(ولايضم أجرة الراعى و) أجرة (التعليم وكراء بيت الحفظ) لعدم العرف بالحاقه برأس المال
وكذا لايضم حفر البئر وأجرة الطبيب والرائض والبيطار والحجامة وجعل الآبق ونفقة
نفسه وكراءه وأجرة الختان والفداء فى الجناية والذى يؤخذ فى الطريق من الظلم الا فى موضع
جرت العادة فيه بينهم بالضم ولو زوج عبده لايضم المهر الى رأس المال ويضم أجرة من يذبح

قوله وفى المخزن بواو العطف كما فى الزيلعى والصواب اسقاط الواو كما فى المحيط اهـ من الهامش

الحيوان

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

الحيوان ويسلخها ويتخذ الخشب أبوابا وينقب اللؤلؤ (فان خان) البائع (فى مرابحة اخذ) المشترى (بكل ثمنه اورده) أى المبيع (وحط) المشترى (فى التولية) اذا خان فيها صورته اشترى شيأ بتسعة وقال لآخر اشتريته بعشرة وأبيعك بربح درهم فاشتراه على ذلك ثم تبين أنه خانه فى درهم يخير عند أبى حنيفة ان شاء أخذ المبيع بكل الثمن وان شاء ترك ولو خان فى بيع التولية على هذا الوجه يحط قدر الخيانة عنده وعند أبى يوسف يحط قدر الخيانة فى التولية وقدرها وقدر ما يخصها من الربح فى المرابحة وبه قال أحمد والشافعى فى قول لان بيع التولية والمرابحة على الثمن الاول فيتقدر بقدره ويحط الزيادة عنه وعند محمد يخير فيهما جميعا ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء ترك لانهما تراضيا فلا معنى للحط الا أن المشترى صار مغرورا فيتخير وبه قال مالك والشافعى فى قول وعن مالك وهو قول عن الشافعية لا يصح البيع وله أن التولية بيع بالثمن الاول من كل وجه فيتقدر به وأما المرابحة فليست كذلك وذكر الثمن الاول للمنع عن النقصان لا للتعريف به فلا معنى للحط فيخير ولو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند أبى حنيفة وهو المشهور من قول محمد وعن محمد أن المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن وعلى قول أبى يوسف يحط كيفما كان وكذا عند ابى حنيفة فى التولية ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث عنده به عيب آخر لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثانى أنقص من الاول وقضية التولية أن يكون مثل الاول (ومن اشترى ثوبا فباعه) أى الثوب (بربح ثم اشتراه) أى ذلك الثوب (فان باعه) يعنى فان أراد ان يبيعه (بربح) ثانى مرة (طرح عنه) أى عن الثوب (كل ربح) كان (قبله) أى قبل هذا البيع هذا عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة يقول قام على بعشرة وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين وبه قال الشافعى ومالك لان هذا شراء جديد لا تعلق له بالاول فلا يعتبر فيه ما ربحه قبل ذلك وله أن بيع المرابحة بناء على الامانة وهنا شبهة الخيانة ثابتة لان الربح الذى ربحه فى الاول فى معرض السقوط بفسخ البيع الاول بظهور العيب (وان احاط) الربح أى استغرق (بثمنه) بأن اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين (لم يرابح) يعنى لا يبيعه مرابحة أصلا عند أبى حنيفة خلافا لهما (ولو اشترى) عبد (مأذون مديون ثوبا بعشرة) دراهم (وباعه) أى باع المأذون الثوب (من سيده بخمسة عشر) درهما (يبيعه) السيد (مرابحة على عشرة) لان العقد بينهما وان كان صحيحا ولكن له شبهة العدم لان العبد ماله وما فى يده لا يخلو عن حقه فصار كانه اشتراه للمولى بعشرة فيعتبر هذا الاغير وقوله مديون وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مرابحة فمع عدم الدين أولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع والمكاتب كالعبد المأذون له (وكذا) حكم (العكس) وهو أن يشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده المأذون له فى التجارة بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لا غير لما ذكرنا (ولو كان) الذى عمل هذا العمل (مضاربا) بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة (بالنصف) فاشترى ثوبا بعشرة ثم (باع ما اشترى بعشرة من رب المال بخمسة عشر) درهما (رابح) رب المال (باثنى عشر ونصف) لان نصف الربح وهو

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

دوهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فيبقى اثنا عشر ونصف فيرابح عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته (ويرابح) من يريد المرابحة (بلا بيان بالتعيب) أى بتعيب المبيع عنده من غير صنعه ومعنى بلا بيان من غير بيان أنه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك وأما بيان نفس العيب فلا بد منه لقوله عليه الصلاة والسلام من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه (و) كذا يرابح بلا بيان فى (وطء) الجارية (الثيب) لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن لان الفائت وصف وهو لا يقابله شئ من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن غير أن المشترى يتخير بين أخذه بكل الثمن وتركه وعن أبى يوسف فى التعيب انه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وبه قال الشافعى وزفر (و) يرابح (ببيان بالتعيب) منه سواء كان بفعله نفسه أو بفعل غيره وأخذ ارشه لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن (و) كذا يرابح ببيان فى (وطء البكر) لانه تعيب لان العذرة جزء من العين فازالتها تعييب لها فيقابله الثمن وان تعيب بفعل المبيع فى نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية فجاز أن يبيعه مرابحة بلا بيان ثم فى كل موضع ليس له أن يبيعه مرابحة الا ببيان فان لم يبين فللمشترى أن يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين وفى الغاية وفى قول زفر اذا اعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها الذى اشتراها قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود ثم قال وبه نأخذ (ولو اشترى) شخص شيأ (بألف) درهم (نسيئة) أى الى أجل (وباع بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل (خير المشترى) بين أن يأخذه أو يتركه لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل وكذا فى التولية اذا علم ان الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار (فان أتلف) المشترى المبيع فى هذه الصورة (فعلم) أى ثم علم أن الثمن كان مؤجلا (لزم) البيع المشترى (بألف ومائة) لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شئ من الثمن وكذا الحكم فى هلاك المبيع (وكذا التولية) مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك أو الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن أبى يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن وقال الفقيه أبو جعفر المختار للفتوى أنه يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتعارف (ومن ولى رجلا شيأ) أى باع له بالتولية (بما قام عليه و) الحال أنه (لم يعلم المشترى بكم قام عليه) أى على المولى (فسد) البيع لجهالة الثمن (ولو علم) المشترى بكم قام عليه (فى المجلس) قبل الافتراق (خير) بين أخذه وتركه لان جهالة الثمن فساد فى صلب العقد الا أنه فى مجلس العقد غير متقرر فاذا علم فيه ارتفعت الجهالة وانما يخير لخلل فى رضاه لان الرضا بالشئ لا يتم قبل العلم به واذا علم بعد الافتراق لا يصح البيع لتقرر الفساد

* هذا (فصل) فى بيان أحكام البيع قبل قبض المبيع والتصرف فى الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك (صح بيع العقار) الذى اشتراه (قبل قبضه) عندهما وعند محمد لا يصح لقوله عليه الصلاة

والسلام

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

والسلام اذا اشتريت شيأ فلا تبعه حتى تقبضه رواه أحمد وبه قال الشافعي ولهما ان عدم الجواز في المنقول لخطر انفساخ البيع بهلاك المعقود عليه وهذا لا يتحقق في العقار وما رواه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح (لا) يصح (بيع المنقول) قبل القبض لما روينا وعند مالك بيع الطعام بالطعام قبل القبض لا يجوز وبيع ما سواه من المنقولات يجوز قبل القبض وبه قال أحمد ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن وان نقد الثمن نفذت الكتابة ولو وهب المبيع قبل القبض أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه من غير البائع لم يجز عند أبي يوسف ويجوز عند محمد وهو الاصح وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته ولا يجوز بيع أجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه ألا ترى أنه لو زوج أمته الآبقة جاز ولو وهب المبيع من البائع قبل القبض فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول لان الهبة مجاز عن الاقالة بخلاف البيع وفي شرح الطحاوي ولو أوصى لرجل قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض يكون موروثا فكذلك الوصية وفي الايضاح كل عوض ملك بالعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الصلح اذا كان معينا وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد (ولو اشترى مكيلا) أي ما يكال (كيلا) أي من حيث الكيل (حرم بيعه وأكله حتى يكيله) أي حتى يعيد الكيل لما روى جابر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه والدارقطني بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجده أكثر من كيل البائع وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له على ما بينا (ومثله) أي ومثل الحكم المذكور في المكيل (الموزون) أي بيع الموزون بشرط الوزن (والمعدود) بشرط العد لا يجوز أن يبيعه أو يأكل منه حتى يعيد الوزن والعد هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير وأما هما فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد المبيع قيل لا يكفي لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح أنه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وجعل الشيخ المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن أبي حنيفة واختاره الكرخي وعنه أنه كالمذروع وهو قول أبي يوسف ومحمد (لا) يحرم التصرف في المبيع (المذروع) بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف وليس بقدر فيكون كله للمشتري اللهم الا اذا سمى لكل ذراع ثمنا فحينئذ لا يحل له التصرف فيه حتى يذرع لما قلنا (وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) بأن ملكه ممن عليه بعوض أو بغير عوض ولا يجوز له أن يملكه من غيره من عليه لان النهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا فرق بين أن يكون المقبوض من جنسه أو خلاف جنسه اذ الكل

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

معاوضة وفي الغاية التصرف في الأثمان وسائر الديون من المهر والاجارة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض لان الملك مطلق وكان القياس أيضا ذلك في المبيع المنقول الا أنه ترك ذلك بالحديث وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث (و) صح (الزيادة فيه) أي في الثمن (و) صح (الحط منه) أي من الثمن فيلحقان بأصل العقد ولو بعد تمام العقد وعند الشافعي وزفر الحاقهما بعد لزوم البيع لا يصح بل يصح على اعتبار أن يكون صلة مبتدأة لان المبيع دخل في ملك المشتري والثمن في ملك البائع فمن زاد شيأ فهو بدل العوض عن ملك نفسه وهذا لا يجوز ولنا أنهما يغيران بهما صفة العقد من الخسارة الى الربح أو العدل وإهما رفع العقد فلأن يكون لهما التغيير وصفه أولى وفائدة الخلاف تظهر في المرابحة والتولية حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط وفي الشفعة أيضا حتى يؤخذ بما بقي من الحط دون الزيادة لما فيها من ابطال حقه الثابت بالثمن الاول فلا يملكان ابطاله وتظهر أيضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري على البائع بالزيادة ولو أجاز المستحق البيع كان له أن يطالب بالزيادة وتظهر أيضا في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط وورد المحطوط وقبل الآخر وقبض المزيد في الزيادة أو المردود في الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتدأة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتدأة حتى يجب عليه أن يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول أبي يوسف وفي الحط أن يكون هبة مبتدأة وتظهر أيضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض وتظهر أيضا فيما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى (و) صحت (الزيادة في المبيع) أيضا وتلتحق بأصل العقد خلافا للشافعي وزفر ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية بخلاف الحط لانه اسقاط محض وفي المحيط في رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبضها وماتت فزاده البائع جارية أخرى جاز ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بأن باع المبيع ثم اشتراه ثم زاده في الثمن لا يجوز ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الامة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف الزيادة على مهر المثل بعد موتها (ويتعلق الاستحقاق بكله) أي بكل ما وقع عليه في العقد من الثمن والزيادة عليه حتى لا يكون للمشتري أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع أن يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط واذا ظهر للمبيع مستحق يرجع المشتري على البائع بالزيادة وقد ذكرناه (و) صح أيضا (تأجيل كل دين) لان المطالبة حقه فله أن يؤخره الا عند الشافعي في قول لا يصح (غير القرض) لانه اعارة والتأجيل فيها ليس بلازم لانها تبرع وقال مالك يجوز التأجيل في القرض أيضا كسائر الديون ولو أوصى أن يقرض من فلان من ماله ألف درهم الى سنة يجوز من

الثلث

الثالث ويلزم ولا يطالب حتى تمضى العدة لانه وصية بالتبرع ويتسامح فيها مالا يتسامح فى غيرها نظرا للموصى ألا ترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الربا) *

وهو اسم من ربا الشئ يربو اذا زاد والمصدر ربو ومنه سمى المكان المرتفع ربوة لزيادة ارتفاعه على سائر الاماكن وفى الشرع (هو) أى الربا (فضل مال) أى زيادته (بلا عوض) فى مقابلته (فى معاوضة مال بمال) كما اذا باع عشرة دراهم باحد عشر درهما فان الدرهم فيه فضل وليس فى مقابلته شئ وهو عين الربا (وعلته) أى علة الربا (القدر) وهو الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون (والجنس) وهو كون العوضين من جنس واحد كما اذا باع مكيلا أى مكيل كان بجنسه يحرم الفضل وكذلك اذا باع موزونا أى موزون كان بجنسه يحرم الفضل فالعلة عندنا مركبة منهما وبه قال أحمد وعنه فى غير النقدين كونه مأكولا وجنسا وعند الشافعى العلة هى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان وبه قال أحمد فى رواية وعند مالك العلة هى الاقتيات والادخار مع الجنس فى المطعومات وأما فى الاثمان فكقول الشافعى لانه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر كل مقتات ومدخر وللشافعى حديث معمر بن عبد الله كنت أسمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم وأحمد شرط المماثلة وعلله بوصف الطعم فكان علة ولنا ما روى عن عبادة وأنس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ماوزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رواه الدارقطنى رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على أنهما علة الحكم لما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علة مأخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثلا بمثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس وقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما والنبى صلى الله عليه وسلم أيضا شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير فعلم بذلك ان مالا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية ولهذا قالوا لا يجرى الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحبة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا ويبتنى على الاصل المذكور فروع كثيرة فلنذكر بعضها تنبيها على البواقى منها اذا باع حفنة من طعام بحفنتين منه أو تفاحة بتفاحتين يجوز عندنا وعند الثلاثة لا الا فى رواية عن أحمد ومالك ومنها لو باع كيلا من جص بكيلين منه أو رطلا من حديد برطلين منه لا يجوز عندنا خلافا لهم ومنها لو باع كيلا من زبيب بكيلين منه لا يجوز اجماعا ومنها لو باع حفنة من ملح بحفنتين منه يجوز اجماعا ثم المطعوم ما يعد للطعم غالبا تقوتا أو تأدما أو تفكها أو غيرها وسواء كان المطعوم مما يكال أو يوزن أم لا وهذا هو القول الجديد له وهو الاظهر وعلى القول القديم يشترط مع الطعم الكيل أو الوزن فعلى هذا لا ربا فى السفرجل والرمان والبيض والجوز ونحوهما مما لا يكال ولا يوزن (فحرم الفضل والنساء) بفتح النون وهو البيع الى أجل (بهما) أى بالجنس والقدر (و) حرم (النساء فقط) يعنى دون الفضل (باحدهما) أى بوجود

قوله كالحبة كذا بخطه والذى فى الزيلعى حفنة اه من هامش

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

أحدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير أو الجنس دون القدر كالهروى بالهروى (وحلا) أى الفضل والنساء جميعا (بعدمهما) أى بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة (وصح بيع المكيل) أى الذى يدخل تحت الكيل (كالبر والشعير والتمر والملح و) صح بيع (الموزون) أى الذى يدخل تحت الوزن (كالنقدين) أى الدراهم والدنانير (و) صح أيضا بيع (ما ينسب الى الرطل) وهو كل شئ وقع عليه كيل الرطل مثل الادهان فانه موزون غير أنه لما لم يستمسك الا فى وعاء يشق عليهم وحده ووزنه بالأمناء والصنجات فى كل وقت بالوعاء فقدر بالارطال والامناء فاكتفى به دفعا للحرج فبقى موزونا على حاله وقال صاحب الهداية وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزنى مثل الامناء أى مثل ما ينسب الى الامناء قال فخر الدين قاضيخان رحمه الله تفسيره أن ما يباع بالاواقى فهو وزنى لان الاواقى قدرت بطريق الوزن فصارت وزنيا وأما سائر المكاييل ما قدرت بالوزن فلا يكون وزنيا وفائدة هذا ان ما يباع بالارطال اذا بيع كيلا بكيل غير الاواقى سواء بسواء لا يجوز لانه باع الموزون بالموزون بالكيل الذى لم يقدر بالوزن فيكون بيع الموزون بالموزون مجازفة فبطل وقال فى كتاش يوحنا بن سرافيون الرطل اثنا عشرة أوقية وقال أيضا الرطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم ودانقان أو أربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل ان الاوقية أربعون درهما نظر والباء فى قوله (بجنسه) تتعلق بقوله وصح بيع المكيل أى صح بيع هذه الاشياء بجنسه حال كونه (متساويا) لا يصح اذا كان (متفاضلا) لوجود العلة وهى التفاضل (وجيده) أى جيد ما فيه الربا (كرديئه) حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء (ويعتبر التعيين لا التقابض فى غير الصرف) من الربويات وقال الشافعى يعتبر التقابض قبل الافتراق فى بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لانه اذا لم يتقابضا فى المجلس قد يتعاقب القبضان فيثبت شبهة الربا وبه قال مالك وأحمد ولنا أن كلا منهما مبيع متعين فلا يشترط قبضه كثوب معين بثوب معين بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض (وصح بيع الحفنة) وهى ما يملأ الكفين قاله الجوهرى (بالحفنتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين) لانها لا تدخل تحت المعيار فلم توجد العلة خلافا للثلاثة وقد ذكرناه آنفا وقال صاحب الهداية وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة حتى اذا باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها جاز عندنا اذا لم تبلغ نصف الصاع لانه لم يرد التقدير فى الشرع بما دون نصف صاع وجاء التقدير بنصف صاع فى صدقة الفطر وفى الفتاوى الصغرى أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف القفيز والمراد من القفيز صاع (و) صح أيضا بيع (الفلس بالفلسين) حال كونهما (بأعيانهما) بأن كان الفلس معينا والفلسان معينين عندهما وقال محمد لا يجوز لانه ثمن فصار كالدرهم والدرهمين وبه قال الشافعى ولهما أنه صار ثمنا باصطلاح الناس فخرج ذلك باصطلاح العاقدين تصحيحا لتصرفهما بخلاف الدراهم لانها خلقت ثمنا وانما قيد بقوله بأعيانهما لانه اذا كانا بغير أعيانهما أو أحدهما بغير عينه لا يجوز اتفاقا لانه يؤدى الى الربا (و) صح ايضا بيع (اللحم بالحيوان) عندهما وقال محمد لا يصح بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز أكثر مما فى الحيوان ليكون قدره متقابلا باللحم والزائد بالسقط لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع اللحم بالحيوان

رواه

رواه فى الموطا ولهما أنه باع الموزون بغير الموزون لان الحيوان ليس بموزون فيجوز كيفما كان وعند الشافعى وأحمد لا يجوز ولا يجوز بالنسيئة اجماعا وفى شرح الطحاوى ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب فى قولهم جميعا كما قال محمد وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز فى قولهم جميعا (و) صح أيضا بيع (الكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيفما كان لاختلافهما جنسا ولو باع القطن بغزله قال محمد يجوز كيفما كان لاختلاف الجنس وقال أبو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص أكثر مما فى الآخر وان كان لا يدرى لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذى فى القطن حتى يكون قدره مقابلا به والزائد بالقطن (و) صح أيضا بيع (الرطب بالرطب) متساويا (أو) بيع الرطب (بالتمر) حال كونه (متماثلا) فى الوزن عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الرطب بالتمر وبه قالت الثلاثة وله أن الرطب تمر حقيقة فيجوز متساويا (و) صح أيضا بيع (العنب بالزبيب) متماثلا عند أبى حنيفة خلافا لهما والتعليل ما مر وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية وفى التقريب فأما العنب بالزبيب فذكر أبو جعفر جواز بيع أحدهما بالآخر فى قولهم وذكر أبو الحسن عنهما أنه لا يجوز الا على الاعتبار فأما أبو حنيفة فاعتبر التساوى حال العقد ولم يعتبر ما بعده وذكر أبو الليث قال بشر بن الوليد لا بأس بالعنب بالزبيب يدا بيد والعنب أقل وروى هشام عن محمد انه قال لا بأس بقفيز من عنب بقفيز من زبيب فألزمته الرطب بالتمر ولم أزل به حتى رجع عن قوله وأما العنب بالعنب فيجوز فى قولهم كما فى الرطب بالرطب فقال أبو حنيفة يجوز مثلا بمثل وقالا لا يجوز (و) صح أيضا بيع (اللحوم المختلفة بعضها ببعض) حال كون البعض (متفاضلا) مثل لحم الشاة بلحم البقر ولحم الجاموس بلحم الجمل ولكن بشرطين أحدهما أن يكون نقدا والثانى أن تكون مختلفة كلحم الشاة بلحم البقر كما ذكرنا حتى لو باع لحم جاموس بلحم بقر أو ضأن بمعز أو لحم العراب بلحم البخاتى لم يجز متفاضلا لاتحاد أجناسها وعند الثلاثة لا يجوز مطلقا الا اذا تساوى البدلان وفى شرح الطحاوى ولحوم الغنم كلها جنس واحد من الضأن والمعز والنعجة والتيس حتى لو بيع لحومها بعضها ببعض وشحومها بعضها ببعض أو ألبانها بعضها ببعض لا يجوز الا سواء بسواء ولو باع لحوم الشاة بشحمها أو بأليتها أو لحمها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها وأما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان فلو باع بعضها ببعض متفاضلا يجوز ولا يجوز نسيئة وأما الرؤس والاكارع والجلود يجوز يدا بيد كيفما كان ولا يجوز نسيئة لانه لم يضبط بالوصف ألا ترى ان السلم فيه لا يجوز ولحوم الابل كلها نوع واحد من العراب والبخاتى وذى سنامين أو ذى سنام واحد وكذلك البقر والجواميس كلها نوع واحد وفى الايضاح روى عن أبى يوسف أنه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من نوع واحد لانه لا يوزن فى العادة (و) صح أيضا بيع (لبن البقر و) لبن (الغنم) بعضه ببعض متساويا ومتفاضلا لعدم العلة خلافا للثلاثة ولكن بالشرطين المذكورين فى اللحوم (و) صح أيضا بيع (خل الدقل) بفتح الدال والقاف وهو الردىء من

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

التمر (بخل العنب) متساويا ومتفاضلا ولكن بالشرطين المذكورين وانما خص خل الدقل اجراء للكلام مجرى العادة لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل والا فالحكم فى خل كل تمر كذلك (و) صح أيضا بيع (شحم البطن بالألية) بعضها ببعض متفاضلا (أو باللحم) وان كانت كلها من الضأن لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد (و) صح أيضا بيع (الخبز بالبر والدقيق متفاضلا) لكن يدا بيد لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز بيعه به أصلا لان بينهما شبهة المجانسة فى الحال ولا يعرف التساوى بينهما والاول أصح وفى النوادر عن أبى بكر أن بيع الحنطة بالخبز لا يجوز لا متفاضلا ولا متساويا وهذا اذا كانا نقدين فان باع أحدهما بالآخر نسيئة فهو على وجهين ذكرهما الولوالجى وغيره فى الفتاوى ان كان الخبز نقدا والدقيق أو الحنطة نسيئة يجوز لانه أسلم موزونا فى مكيل وان كان الحنطة أو الدقيق نقدا والخبز نسيئة لا يجوز (لا) يصح (بيع البر بالدقيق أو بالسويق) لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان خص باسم آخر ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وقال أبو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين او أحدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند أبى حنيفة وقالا يجوز كيفما كان وفى شرح أبى نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة فى النعومة وفى الخلاصة سواء كان أحدهما أخشن او أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفى الفتاوى الصغرى بيع النخالة بالدقيق عند أبى يوسف يجوز على طريق الاعتبار بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة فى الدقيق وعند محمد لا يجوز بطريق الاعتبار وانما يجوز اذا تساويا كيلا (ولا) يصح أيضا بيع (الزيتون بالزيت و) لا بيع (السمسم بالشيرج حتى يكون الزيت) الخالص (والشيرج) الخالص (أكثر مما فى الزيتون والسمسم) ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير وقال زفر يجوز مع الجهالة بأنه أكثر منه أو أقل أو مساو فان علم أن الزيت الثمن ليس بأكثر لم يجز لان الاصل فى العقد هو الجواز فلا يفسد بالشك والاحتمال ولنا أن جهة الفساد غالبة لانه يفسد من وجهين ويصح من وجه واحد وعند الثلاثة لا يصح أصلا (ويستقرض الخبز وزنا) أى من حيث الوزن (لا) يستقرض (عددا) أى من حيث العدد عند أبى يوسف لان الوزن يوجب التساوى والعدد لا وبه قال الشافعى فى قول وبه يفتى وعند محمد يستقرض بهما وزنا وعددا لان التفاوت ساقط شرعا للتعامل وحاجة الناس وبه قال أحمد والشافعى فى قول وعند مالك يعتبر العرف وعند أبى حنيفة لا يجوز أصلا لان التفاوت فى العدد ظاهر من حيث القدر وفيه تفاوت الاوصاف فلا يثبت التساوى لا وزنا ولا عددا فلا يجوز تحرزا عن الربا (ولا ربا بين السيد وعبده) لانه وما فى يده لمولاه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين مستغرق برقبته وما فى يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما فى يده ليس بملك للمولى عند أبى حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفى المحيط لا ربا بينهما وان كان عليه دين (و) لا (بين المسلم والحربى ثمة) أى فى دار الحرب وكذا اذا تبايعا بيعا فاسدا هناك فهو جائز عندهما وقال أبو يوسف والشافعى ومالك

قال فى المصباح والثجير مثال رغيف ثفل كل شئ يعصر وهو معرب وقال الاصمعى الثجير عصارة التمر والعامة تقوله بالمثناة وهو خطأ اه

وأحمد

وأحمد فى رواية صحيحة لايجوز اعتبار الحربى بالمستأمن منهم فى دارنا ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لاربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب رواه مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الحقوق فى المبيع)

(العلو لايدخل بشراء بيت) يعنى اذا اشترى بيتا فوقه بيت لايدخل فيه العلو ولو قال (بكل حق) هو له مالم ينص عليه لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشئ لايكون تبعا لمثله فلا يدخل بدون التنصيص عليه (و) لايدخل العلو أيضا (بشراء منزل الا) أن يقول المشترى (بكل حق هو له أو) يقول (بمرافقه أو) يقول (بكل قليل وكثير هو فيه أو منه) لان المنزل لمشبه للدار وشبه للبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكن فيه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فلشبهه بالدار يدخل ولشبهه بالبيت لايدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وفى الكافى هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار لان كل منزل يسمى خانه سواء كان صغيرا أو كبيرا فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عصر عرف أهله (ودخل العلو (بشراء دار) وان لم يذكر شيأ من ذلك لان الدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه فيدخل فيه من غير ذكر (كالكنيف) أى كما يدخل الكنيف وهو بيت الماء بذكر الدار من غير افرازه بالذكر كالعلو لما قلنا ان الدار اسم لما أدير عليه الحائط والكنيف منه وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التى فى صحنها والبستان فيها وان كان البستان خارج الدار ان كان أكبر منها أو مثلها لايدخل الا بالشرط وان كان أصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا (لا) يدخل (الظلة) وهى الساباط الذى أحد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى وعلى الاسطوانات فى السكة ومفتحها فى الدار المبيعة فلا يدخل فى بيع الدار (الا) أن يقول (بكل حق) أو نحو ذلك مما ذكرنا عند أبى حنيفة وعندهما يدخل من غير ذكر شئ اذا كان مفتحها فى الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف وله انها خارجة عن الحدود ومبنية على هواء الطريق فصار كالطريق فلا يدخل الا بذكر الحقوق ونحوها (ولا يدخل الطريق والمسيل) وهو موضع جرى الماء من المطر وغيره (والشرب) بكسر الشين وهو النصيب من الماء فى بيع المسكن أو الارض (الا) أن يقول (بنحو كل حق) ونحوه لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلا تدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وفى الجامع الصغير عن محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يشترى البيت فى الدار أو المنزل فى الدار أو المسكن فى الدار قال لايكون له الطريق الا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق وقال قاضيخان رحمه الله تعالى اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لايدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق فان قال البائع ليس لدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشترى لايستحق الطريق الا بحجة ولكن له أن يردها بالعيب وكذلك لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة

فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كان بمنزلة العيب وكذا لو ظهر فى الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له فى الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البائع كان بمنزلة العيب (بخلاف الاجارة) حيث يدخل فيها هذه الاشياء اذا استأجر دارا أو أرضا لانه انعقد للانتفاع لا غير ولهذا لو استثنى هذه الاشياء عن عقد الاجارة تبطل ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقدر الحمام يدخل لانه مركب بالبناء وكذا الحجر الاسفل من الرحى وكذا الاعلى استحسانا والآلات الملصقة بالبيت والله تعالى أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاستحقاق)

وهو طلب الحق (البينة حجة متعدية) الى الغير تظهر فى حق كافة الناس اذا اتصل بها قضاء القاضى لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة (لا الاقرار) يعنى ليس الاقرار بحجة متعدية الى الغير بل هو حجة قاصرة فلا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار اليه بقوله مبيعة ولدت فاستحقت الخ على ما يجىء وهو من مسائل الجامع الصغير ومنها أنه اذا اشترى عبدا ثم ظهر له مستحق بالبينة فانه يرجع على البائع بالثمن لانه يثبت بها الملك من الاصل فيتعدى الى الكل ولو أقر به المشترى لرجل انه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع لان اقراره قاصر عليه فيثبت به الملك فى المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته فلا يظهر الاستحقاق فى حقه فى الرجوع بالثمن على البائع (والتناقض) فى الكلام (يمنع دعوى الملك) وهذا أيضا أصل لفروع كثيرة وموضعها فى كتاب الدعوى ومن صور ذلك ما ذكره فى الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقدارا معلوما بأنه دين له عليه وأنكر المدعى عليه ذلك ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فانه لا يسمع دعواه لانه متناقض فى كلامه ولو كان الامر بالعكس يسمع لامكان التوفيق لان مال الشركة يجوز أن يكون دينا بالجحود والدين لا يجوز أن يصير مال الشركة ومنها ما ذكره فيها أيضا رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخى ثم مات المدعى وخلف أموالا كثيرة فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه وقال هو أخى لا يقبل منه ذلك ولا يقضى له بالميراث لانه متناقض ولو كان مكان دعوى الاخوة دعوى البنوة أو الابوة والمسئلة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ما ذكره فيها ادعى عينا فى يدى انسان انها لفلان وكلنى بالخصومة فيها ثم ادعى انها له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضا فلا تقبل بينته ولو ادعى انها له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيها وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضا اه وانما يمنع التناقض فى الكلام دعوى الملك لان القاضى لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض اذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا (لا) يمنع التناقض دعوى (الحرية) كالمكاتب اذا أقام بينة على أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته فالتناقض لا يمنع صحة الدعوى فى العتق لانه أمر يجرى فيه الخفاء لانه أمر ينفرد به المولى فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك (و) لا يمنع أيضا دعوى (الطلاق) كالمرأة اذا اختلعت

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

من زوجها ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فانه تقبل بينتها ولها أن تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بايقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك وقاس على هذا فى الفتاوى الظهيرية مسئلة وهى أن رجلا اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه واشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشترى ثم علم بما صنع الاب فادّعى الدار على المشترى فقال ان أبى اشترى هذه الدار لى من نفسه فى صغرى وهى ملكى وأقام على ذلك بينة فقال المدّعى عليه فى دفع دعوى المدّعى انك متناقض فى هذه الدعوى لان استئجارك الدار منى اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال الصحيح ان هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدّعى وان كان هذا تناقضا الا ان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ثم قال ألا ترى أن المرأة اذا اختلعت من زوجها الى آخر ما ذكرناه (و) لا يمنع أيضا دعوى (النسب) كالرجل باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول أنه ابنه تسمع دعواه ويبطل البيع الاول والثانى وذلك لان النسب يبنى على العلوق فيخفى عليه فيعذر فى التناقض (مبيعة) يعنى جارية مبيعة (ولدت) عند المشترى (فاستحقت) أى فظهر لها مستحق (ببينة تبعها) أى تبع المبيعة (ولدها) يعنى يأخذها المستحق مع ولدها لان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له ثم قيل يدخل الولد فى القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح (وان أقرّ) المشترى (بها) أى بالجارية (لرجل لا) يتبعها ولدها فيأخذ المقر له الجارية فقط لان الاقرار حجة قاصرة فيثبت بها الملك المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له وفى النهاية انما لا يتبعها الولد فى الاقرار اذا لم يدعه المقر له أما اذا ادّعاه كان له لان الظاهر أنه له (وان قال عبد لمشتر) أى لرجل يطلب شراء عبد (اشترنى فانا عبد) لفلان (فاشترى) الرجل العبد بناء على كلامه (فاذا هو) أى العبد (حر) أى ظهر حرا واذا هنا للمفاجأة فلذلك لا ينوّن (فان كان البائع حاضرا أو غاب) البائع (غيبة معروفة) يعنى يدرى أين هو (فلا شئ على العبد) لوجود من عليه الحق وهو البائع (والا) أى وان لم يدر البائع أين هو (رجع المشترى على العبد) بالثمن عند أبى حنيفة ومحمد لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشترى اعتمد على أمره واقراره أنه عبده اذ القول قوله فى الحرية فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر (و) رجع (العبد على البائع) بالثمن اذا ظفر به لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين بتخلص الرهن وعند أبى يوسف لا يرجع المشترى على العبد بشئ لان ضمان الثمن بالمعاوضة أو بالكفالة فلم يوجد واحد منهما فصار كما اذا قال اشترنى أو قال أنا عبده ولم يزد على ذلك فان قلت هذا مشكل على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلت قيل ان كان فى حرية الاصل فالدعوى ليست

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

بشرط عنده لتضمنها تحريم فرج الام لان الشهود يجب عليهم تعيين أمه فى حرية الاصل فحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفى حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما فى عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا والجمهور على ان دعوى العبد شرط عنده فى الحرية الاصلية والطارئة لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما لخفاء الحال عليه وهو العلوق فيعفى التناقض أما الحرية الاصلية فلأن الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبويه أو بحرية أحدهما باسلامهما أو باسلام أحدهما فيها او يعتقد أنه رقيق فيقر بالرق ثم تبين له الحال بعد ذلك فيدعى الحرية فيعذر فى التناقض وأما فى العتق الطارئ فلأن المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر فى التناقض (بخلاف الرهن) بأن قال العبد ارتهنى فانى عبد فارتهن فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا لان الرهن ليس بمعاوضة ألا ترى انه يجوز فى موضع لا تجوز فيه المبادلة كثمن الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو ضمن عقد المعاوضة (ومن ادعى حقا) مجهولا (فى دار فصولح على مائة فاستحق بعضها) أى بعض الدار (لم يرجع) المدعى عليه (بشئ) على المدعى لان دعواه يجوز أن تكون فيما بقى وان قل فما دام فى يده شئ فلا يرجع عليه بشئ (ولو ادعى كلها) أى كل الدار فصولح على مائة فاستحق منها شئ (رجع) المدعى عليه على المدعى (بقسطه) أى بقسط المستحق لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض توضيحه اذا كانت الدار تساوى ألفا فوقع الصلح على مائة واستحق نصف الدار رجع عليه بخمسين درهما وعلى هذا

*هذا (فصل) فى بيع الفضولى (ومن باع ملك غيره) بغير أمره (فللمالك أن يفسخه) أى أن يفسخ البيع ان شاء (و) ان شاء (يجيزه) أى البيع (ان بقى العاقدان) وهما البائع الفضولى والمشترى منه (والمعقود عليه) وهو المبيع (و) المعقود (له) وهو المالك (و) المعقود (به) وهو الثمن (لو) كان (عرضا) والاصل فيه ان كل تصرف من الفضولى وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا ولا يقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد والا يتوقف كشراء العبد والصغير المحجور عليهما وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الفضولى أصلا ولا تجوز باجازة المالك لانه صادر عن غير ولاية شرعية ولنا حديث عروة بن أبى الجعد البارقى ان النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى له شاة فاشترى له به شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة فى بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه البخارى وأحمد وأبو داود ولو لم ينعقد لم يجوزه النبى صلى الله عليه وسلم فان قلت نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أى ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق قلت الكلام فى انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق فى رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح ولا يلزمنا والمراد من الحديث أن يبيع شيأ لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه فان قلت هذا غرر ونهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر فيما رواه مسلم

قلت

قلت لانسلم انه غرر لانه يتوقف على اجازة المالك وانما شرط لصحة الاجازة بقاء أربعة أشياء وهي المتعاقدان والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف فى العقود فلابد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه حينئذ أيضا واذا أجازه المالك كان الثمن مملوكا له أمانة فى يد الفضولى بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبله وان كان الثمن عرضا معينا كان ملكا للفضولى واجازة المالك بعده اجازة نقد لا اجازة عقد فيجب على الفضولى مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا ألا ترى أن الرجل اذا تزوج امرأة على عبد الغير صح وتجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير قرضا فكذا هنا ثم للفضولى أن يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولى فى النكاح لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه (وصح عتق مشتر) عبدا (من غاصب) غصبه وباعه له (باجازة) المالك (بيعه) أى بيع الغاصب وقال محمد لا يصح وهو القياس لانه لم يملكه وعند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل ولهما أن الملك يثبت موقوفا فيترتب الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشترى من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن البيع (لا) يصح (بيعه) أى بيع المشترى من الغاصب باجازة المالك البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشترى الاول وهو البائع الثانى ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد (ولو قطعت يده) أى يد العبد الذى باعه الفضولى (عند المشترى فأجيز) أى البيع أى ثم أجاز مالكه البيع (فارشه) أى فارش يد العبد يكون (لمشتريه) لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الاجازة فهو للمشترى (وتصدق) المشتري (بما زاد على نصف الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه ما هو كائن بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن فيه شبهة عدم الملك لما قلنا (ولو باع) شخص (عبد غيره بغير امره فبرهن المشترى) أى أقام بينة (على اقرار البائع) الفضولى (أو) برهن المشترى على (رب العبد) أى مالكه (انه) أى أن كل واحد من البائع أو مالك العبد (لم يأمر بالبيع) أى ببيع العبد المذكور (واراد) المشترى (رد البيع) المذكور (لم يقبل) بينته لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه والبينة لا تبنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا يقبل ولا يشكل هذا بما ذكر فى الزيادات أن المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشترى فدفع اليه ثم برهن على اقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن تقبل بينته لان العبد فى يد المشترى هنا وهناك فى يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشترى فلذلك لم يرجع هنا ورجع هناك (وان أقر البائع) المذكور (بذلك) أى

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

بأن رب العبد لم يأمره بالبيع (عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك) أي بطلان البيع لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما الا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى أنه كان بأمره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له أن يطالب المشتري وعند أبي يوسف له أن يطالبه فاذا أدى رجع به على البائع ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا أنه وكله فان أقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما ولا يؤخره لحضوره ليحلف فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد أنه ما أمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف ضمن البائع ونفذ بيعه ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام بينة على اقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل للتناقض ولو أقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل ولو ورثه البائع وغيره فان ادعى الغير جحود المالك يسمع بخلاف شريكه البائع ولمشتريه أن يحلفه بالله ما يعلم أن المولى أمره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه هذا اذا اقر المشتري بأن العبد ملك الآمر ولو أنكر لغا قول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه ولغا توكيل بائعه في خصومته كي لا يصير البائع ساعيا في نقض ما أوجبه (ومن باع دار غيره) بغير اذنه (فادخلها المشتري في بنائه) ثم اعترف البائع بالغصب وأنكر المشتري (لم يضمن البائع) الدار لان اقرار البائع لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم أن قوله وأدخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال في البناء في ذلك والله اعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (السلم)

وهو بمعنى السلف لغة ويسمى سلما واسلاما وسلفا واسلافا وشرعا هو عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن آجلا وما قيل هو أخذ عاجل بآجل فاسد لان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لم يرد شيء ولا ينعقد بلفظ البيع وبه قال زفر وعيسى بن أبان والشافعي في قول وفي رواية الحسن ينعقد وهي الاصح (ما) يعني كل شيء (أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره) وفي بعض النسخ ومعرفة قدره ككيل وموزون ومذروع (صح السلم فيه) لانه لا يفضي الى المنازعة وقد قال عليه الصلاة والسلام من أسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم رواه البخاري ومسلم (وما لا) يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره (فلا) يصح السلم فيه لانه يفضي الى المنازعة ثم شرع يبين الفصلين بالفاء التفصيلية بقوله (فيصح) السلم (في المكيل) كالبر والشعير ونحوهما (والموزون) كالعسل والزيت ونحوهما وقيد بقوله (المثمن) احترازا من الدراهم والدنانير فانهما موزونة ولكنها غير مثمنة بل هي اثمان فلا يجوز الاسلام فيها لان السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيها انعكس فاذا لم يقع

سلمايكون باطلا الاعند عيسى بن أبان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل والاول اصح وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان كالحنطة ونحوها وأما اذا أسلم فيهما الاثمان كالدراهم والدنانير فلا يجوز بالاجماع ولو أسلم فى المكيل وزنا كما اذا أسلم فى البر والشعير بالميزان روى الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز وروى الحسن أنه لا يجوز وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون كيلا وعند مالك يجوز السلم فى الدراهم والدنانير (و) يصح فى (العددى المتقارب) كالجوز (والبيض) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم ولكنه انما يجوز من حيث العدد أو من حيث الكيل وقال زفر لا يجوز عدا لتفاوت آحاده ولنا ماقلنا وماذكر من التفاوت مهدر عرفا وقيل لاخلاف فى جوازه عدا وانما الخلاف فى جوازه كيلا قيد بقوله المتقارب لانه لا يصح فى العددى المتفاوت كالبطيخ والرمان الا عند الشافعى يصح وزنا وعند مالك وأحمد يصح مطلقا وفى التحفة وأما العددى المتفاوت وتفسيره مانقل عن أبى يوسف ما اختلف آحاده فى القيمة واتفق أجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر واللآلئ والادم والجلود والخشب والرؤس والاكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها الا اذا بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذوع شيأ معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما وأتى بجميع شرائط السلم فالتحق بالمتقارب فيجوز وكذا السلم فى الجوالق والغرائر (والفلس) أى وكالفلس لانه عددى يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يصح لانه ثمن مادام يروج وبه قال مالك وأحمد (واللبن) بكسر الباء وهو الطوب النىء (والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء وهو القرميد والتقدير وكاللبن والآجر (ان سمى ملبن معلوم) لان آحادها لاتتفاوت اذا عينت الآلة واذا لم تعين لا يجوز لانه يفضى الى المنازعة (و) يصح السلم أيضا فى (الذرعى) أى الشىء الذى يذرع (كالثوب ان بين الذراع) من أى جنس الذرعان (والصفة) بأنه قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الذى يسمى ملحما أو حرير ونحو ذلك (والصنعة) بانه عمل الشأم أو الروم أو نحوهما أو عمل زيد أو عمرو أو غيرهما لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدى الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لابد من بيان وزنه مع ذلك لانه لا يصير معلوما الا به (لا) يصح السلم (فى الحيوان) لانه تتفاوت آحاده وقالت الثلاثة يجوز لانه يمكن معرفة جنسه وسنه ونوعه ووصفه بأن يقال عبد تركى اسمر ابن سبع طويل أو قصير أو ربعة وفى البعير ثنى أحمر من نعم بنى فلان غير ناقص الخلقة ويتعرض فى الخيل للسن واللون والنوع ويتعرض فى الطيور للنوع والكبر والصغر من حيث الجثة كذا فى وجيز الشافعية (و) لا فى (اطرافه) كالرأس والاكارع للتفاوت الفاحش ثم قيل هذا قول أبى حنيفة وعندهما يجوز كما فى اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق وقال مالك يجوز عددا وبه قال أحمد والشافعى فى قول (و) لا فى (الجلود عددا) أى من حيث العدد للتفاحش فيه وقال مالك وأحمد يجوز وكذا على الخلاف فى الورق عددا الا أن يبين فيهما ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة وكذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم بالوزن فيهما (و) لا فى (الحطب) حال كونه (حزما) أى مشدودا بشدات كل شدة حزمة وهو بضم الحاء وفتح الزاى جمع حزمة وفى الجمهرة كل شئ جمعته كالاضبارة فقد حزمته ومنه سميت حزمة الحطب (و) لا فى (الرطبة) وهى البرسيم سواء كان رطبا أو يابسا لا يجوز حال كونه (جرزا) أى مشدودة

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

بشذات كل شذة جرزة بضم الجيم وسكون الراء وفتح الزاى وجمعها اجرز وهى بالفارسية دسته
وأما الجزز بكسر الجيم والزايين المعجمتين فهى جمع جزة وهى الصوف المجزوز وليس هذا موضعه
والحالان المذكوران من الاحوال المنتظرة المؤولة بالاشتقاق فافهم ولو بين الحبل الذى يشد
به الحطب أو عقده بالوزن وبيان الصفة والنوع فهو جائز وكذلك فى الرطبة اذا بين الصفة
والوزن يجوز فانهم (و) لا فى (الجواهر) نحو الياقوت بأنواعه والبلخش والفيروزج ونحوها
وعند مالك يجوز (و) لا فى (الخرز) نحو الجزع والعقيق والبلور ونحوها لان آحادها متفاوتة
تفاوتا فاحشا وكذلك لا يجوز فى اللآلئ الكبار ويجوز فى صغارها وزنا (و) لا يجوز أيضا فى
(المنقطع) لان شرط جوازه أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان
منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد
الانقطاع أن لا يوجد فى الاسواق وان كان فى البيوت وقال الشافعى يجوز فى المنقطع اذا كان
موجودا عند المحل لانه مقدور التسليم فيه وبه قال مالك وأحد ولنا أنه غير مقدور التسليم لانه
يتوهم موت المسلم اليه فيحل الاجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم فلا يجوز ولو انقطع عن أيدى
الناس بعد المحل قبل أن يوفى المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله
وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس ماله (و) لا فى (السمك الطرى)
لانه ينقطع عن أيدى الناس فى الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان فى بلد لا ينقطع فيه السمك جاز
وزنا لا عددا وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز فى الكبار التى تنقطع كالسلم فى اللحم وفى شرح
الطحاوى السلم فى السمك لا يخلوا ما أن كان طريا أو مالحا ولا يخلوا ما أن يسلم عددا أو وزنا فان
أسلم فيه عددا طريا كان أو مالحا لا يجوز لانه متفاوت وان أسلم فيه وزنا فانه ينظر ان كان مملوحا
يجوز وان كان طريا ان كان العقد فى حينه والاجل فى حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فانه يجوز
والا فلا (وصح) السلم (وزنا) أى من حيث الوزن (لو) كان السمك (مالحا) لان المالح وهو
القديد لا ينقطع عن أيدى الناس وفى الايضاح الصحيح فى الصغار منه يجوز وزنا وكيلا
وفى الكبار روايتان (و) لا يصح أيضا فى (اللحم) عند أبى حنيفة وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه
وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل لانه موزون
مضبوط الوصف فصار كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه
وبه قالت الثلاثة وله أنه يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدى الى المنازعة وفى منزوع
العظم روايتان عن أبى حنيفة فى رواية الحسن بن زياد يجوز وفى رواية ابن شجاع لا يجوز لانه
يختلف بالسمن والهزال فان قلت اللحم مثلى أو قيمى قلت قيمى عند أبى حنيفة ألا ترى الى ما قال
فى الجامع الكبير لو أن رجلا غصب من رجل لحما فشواه ثم جاء انسان واستحق ذلك لا يسقط
ضمان الغصب وكان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم وقال أبو المعين النسفى فى شرح الجامع
الكبير قول محمد فى هذه المسئلة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون
بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس بمثلى الا فى هذا الموضع يعنى
فى الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قوله ما ثم قال ورأيت
وسط غصب المنتقى روى أبو يوسف عن أبى حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته ويمنع

الاستقراض

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

الاستقراض وزنا أيضا وذكر في التتمة عن اختيار شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله أن اللحم مضمون بالمثل والله أعلم (و) لا يصح أيضا (بمكيال) معين لا يعرف قدره (أو ذراع لم يدر قدره) لانه يحتمل أن يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع به حالا واذا كانا معلومي المقدار يجوز ويشترط أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وأما الجراب والزبيل فلا يجوز الكيل بهما وعن أبي يوسف الجواز بقرب الماء للتعامل (و) لا يجوز أيضا في (برقرية) بعينها (أو ثمر نخلة معينة) لاحتمال أن تعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما (وشرطه) أي شرط جواز السلم تسعة أشياء ذكر الشيخ منها ثمانية الاول (بيان الجنس) كالحنطة والتمر وقيل بيان الجنس كقوله قمح صعيدي أو بحيري هذا ليس بصحيح بل بيان الجنس ما ذكرناه والذي ذكره هذا القائل هو النوع (و) الثاني بيان (النوع) كالسهلية والجبلية في الحنطة والبرني والمكتوم في التمر (و) الثالث بيان (الصفة) كالجيد والرديء والوسط (و) الرابع بيان (القدر) كقوله عشرة أكرار في المكيلات وعشرة ارطال في الموزونات وعشرة أعداد في المعدودات (و) الخامس بيان (الاجل) كقوله الى شهر ونحوه وقال الشافعي الاجل ليس بشرط لانه عليه الصلاة والسلام رخص فيه مطلقا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في آخر الحديث الى أجل معلوم وأما تقديره فالى المتعاقدين وقيل ثلاثة أيام رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم وعن الكرخي أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التأجيل في مثله فان أجل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والفتوى على ما ذكره الشيخ بقوله (وأقله) أي أقل الاجل في السلم (شهر) روى ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل (و) السادس بيان (قدر رأس المال) اذا كان العقد يتعلق على مقداره كما (في المكيل والموزون والمعدود) هذا عند أبي حنيفة وقالا لا يحتاج الى ذلك اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة كما في الثمن والاجرة وله أن جهالة قدر رأس المال قد تفضي الى جهالة المسلم فيه بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس العقد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله (و) السابع بيان (مكان الايفاء) أي ايفاء المسلم فيه (فيما) أي في الذي (له حمل) ومؤنة (من الاشياء) عند أبي حنيفة وقالا ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد كما في البيع وبه قالت الثلاثة وله أنه قد يعجز عن أداء المسلم فيه فيتفقان على الفسخ وقيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فاذا لم يتعين المكان أفضى الى المنازعة (وما) أي والذي (لا حمل له) كالمسك والزعفران وما أشبههما (يوفيه) المسلم اليه (حيث شاء) لعدم الاحتياج الى بيان مكان الايفاء فيه بالاجماع (و) الشرط الثامن (قبض رأس المال قبل الافتراق) أي قبل افتراق المتعاقدين لان السلم هو أخذ آجل بعاجل وذلك بالقبض قبل الافتراق كما في الصرف ولا فرق بين أن يكون رأس المال مما يتعين أولا ولهذا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين في الذمة بخلاف خيار العيب في رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين وعند مالك لو ترك قبض رأس المال يوما أو يومين جاز لانه يعد عاجلا عرفا والشرط التاسع الذي لم يذكره الشيخ هو القدرة على تحصيل

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

المسلم فيه وفي الغاية شرائط صحة السلم سبعة عشر ستة في رأس المال واحد عشر في المسلم فيه أما الذي في رأس المال فأحدها بيان الجنس انه دراهم أودنانير أومن سائر الموزونات كالحديد والقطن أومن المكيلات كالحنطة والشعير الثاني بيان النوع أنها بخارية أوسمرقندية اذا كان في البلد نقود مختلفة الثالث بيان الصفة من الجودة والرداءة والوسط الرابع اعلام قدر رأس المال وقدمر بيانه الخامس كون الدراهم والدنانير منقدة عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط وهذا بناء على مسئلة أخرى وهو أن المسلم اليه اذا وجد أكثر رأس المال زيوفا فرده واستبدل في مجلس الرد يفسد السلم في المردود عند أبي حنيفة خلافا لهما واشتراط الانتقاد احترازعن الفساد وهما لم يشرطاه السادس تعجيل رأس المال وقبضه قبل الافتراق بأبدانهما سواء كان رأس المال عينا أودينا وقال مالك لايشترط تعجيله ان كان عينا وان كان دينا يشترط في قول وفي قول يجوز يوما أو يومين وفي الصرف يشترط قبل الافتراق بأبدانهما اجماعا سواء كان عينا كالتبر والمصوغ أودينا كالدراهم والدنانير وأما التي في المسلم فيه فأحدها بيان الجنس والثاني بيان النوع والثالث بيان الصفة والرابع اعلام قدر رأس المسلم فيه أنه كرأ وقفيز بكيل معروف عند الناس والخامس أن لايشمل البدلين أحد وصفي علة ربا الفضل وهو القدر المتفق أوالجنس لان حرمة النساء تحقق به والسادس أن يكون المسلم فيه ممايتعين بالتعيين حتى لايجوز السلم في الدراهم والدنانير وفي التبر لايجوز على قياس كتاب الصرف لانه ألحقه بالمضروب ويجوز على قياس رواية كتاب الشركة لانه ألحقه بالعروض وهو رواية عن أبي يوسف والسابع الاجل والثامن أن لاينقطع والتاسع أن يكون العقد باتا ليس فيه خيار الشرط والعاشر بيان مكان الايفاء فيماله حمل ومؤنة والحادي عشر كون المسلم فيه مضبوطا بالوصف كالاجناس الاربعة المكيل والموزون والذرعي والعددي المتقارب والله أعلم (فان اسلم) رجل الى آخر (مائتي درهم في كرّبر) والكر بضم الكاف وتشديد الراء ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف وقيل الكر أربعون قفيزا وانتصاب (مائة) على الحال وقوله (دينا عليه) صفة المائة أي على المسلم اليه (ومائة) عطف عليه وقوله (نقدا) صفته أي ومائة منقودة وهذا من قبيل قولهم خذوا هذا المال فاقسموه درهما درهما أي مقسوما بهذه القسمة وكذلك التقدير ههنا أسلم مائتي درهم في كر برمقسومة بهذه القسمة أعني مائة منها دين في ذمة المسلم اليه ومائة نقدها رب السلم وفي عامة النسخ مائة دين عليه ومائة نقد بالرفع فيهما فوجهه أن يكون خبر مبتدا محذوف أي منها مائة دين ومنها مائة منقودة واذا كان كذلك (فالسلم في) حصة (الدين باطل) لانه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال في المجلس بقدره ولايشيع الفساد لانه طار اذ السلم وقع صحيحا في الكل ولهذا ونقد ما تبين قبل الافتراق صح في الكل وعند زفر السلم باطل في الكل لسريان الفساد ولنا ما بينا (ولا يصح التصرف) للمسلم اليه (في رأس المال و) لا لرب السلم في (المسلم فيه قبل القبض) أي قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب السلم المسلم فيه (بشركة أوتولية) لان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لايجوز ولرأس المال شبه بالمبيع فلايجوز التصرف قبل القبض ففي التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلايجوز (فان تقايلا) أي رب السلم

والمسلم

والمسلم اليه السلم بعد عقده ثم أراد رب المال أن يشترى برأس المال شيأ قبل القبض لا يجوز وهو معنى قوله (لم يشتر) أى رب المال (من المسلم اليه برأس المال شيأ) بحكم الاقالة وقال الشافعى وزفر يجوز قياسا لانه لما بطل السلم بقى رأس المال دينا فى ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ولنا وهو الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى الا سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال (ولو اشترى المسلم اليه كرا) من الحنطة وكان رب السلم أسلم اليه فى كر حنطة (وأمر رب السلم بقبضه) أى بقبض الكر الذى اشتراه ولم يقبضه (قضاء) أى لاجل القضاء عما عليه من الكر المسلم فيه (لم يصح) لان هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين الذى اشترى منه وصفقة بينه وبين رب السلم وكلاهما شرط الكيل فيه فلم يوجد فلا يصح (وصح لو) كان الكر (قرضا) بأن أقرضه كرا من الحنطة ثم ان المستقرض اشترى كرا من غيره وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه فانه يصح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة فكان المقبوض عين حقه تقريرا فلم يكن استبدالا (أو أمره) أى أو أمر المسلم اليه رب السلم (بقبضه) أى بقبض الكر (له) أى لاجل المسلم اليه (ثم) بقبضه ثانيا (لنفسه) أى لنفس رب السلم بأن يعيد الكيل ثانيا (ففعل) أى رب السلم ذلك بأن اكتال أولا لاجل المسلم اليه ثم اكتال ثانيا لنفسه فانه يصح ويكون ذلك قضاء لحقه لوجود شرط الصفقتين وهو الكيل فيهما (ولو أمره) أى المسلم اليه رب السلم (أن يكيله) أى المسلم فيه (فى ظرفه) أى فى ظرف رب السلم (ففعل) المسلم اليه بأن كاله فى ظرفه (و) الحال أنه (هو) أى رب السلم (غائب لم يكن قضاء) لحقه وفى بعض النسخ لم يكن قبضا أى لا يكون ذلك قبضا لرب السلم لحقه لان حقه فى الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم (بخلاف المبيع) بأن اشترى برا معينا ودفع الى البائع ظرفا وأمره أن يكيله ويجعله فى الظرف ففعل البائع ذلك والمشترى غائب صح ويكون قضاء لحقه لان المشترى ملك البر بنفس الشراء فيصح أمره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله فى الظرف ويكون البائع وكيلا فى امساك الظرف فيكون الظرف فى يد المشترى حكما فكان الواقع فيه واقعا فى يده حكما ولهذا اكتفى بذلك الكيل فى الصحيح ألا ترى أنه لو أمره بالطحن أو بالقائه فى البحر ففعل يكون على الآمر فى الشراء ويتقرر الثمن عليه وفى السلم على المأمور لما قلنا فان قلت البائع لا يصلح أن يكون وكيلا فى القبض حتى لو وكله به نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور أن يكون وكيلا له هنا قلت لما صح أمره لكونه مالكا له صار وكيلا له ضرورة وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وان أمره أن يكيله ويجعله فى ظرف البائع ففعل لم يصر قابضا لان المشترى صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا فى يد المشترى فصار كما لو أمره أن يجعله فى ناحية من بيت البائع (ولو أسلم) رجل الى رجل (أمة فى كر) بر مثلا (وقبضت الامة) يعنى قبضها المسلم اليه (فتقايلا) السلم (ثم ماتت) الامة قبل أن يقبضها رب السلم بحكم الاقالة

قوله لان هنا صفقتان كذا بخطه اه من هامش

(أو مانت) الامة (قبل الاقالة) ثم تقايلا بعد موتها (بقى) التقابل أى الاقالة على حالها فى المسئلة الاولى (وصح) أى التقايل أى الاقالة بعد موتها فى الثانية (و) يجب (عليه) أى على المسلم اليه (قيمتها) أى قيمة الامة يوم قبضها الان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه فى السلم هو المسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعد هلاك الامة فصحت الاقالة ابتداء وكذا يبقى بعد الهلاك لان البقاء أسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها (وعكسه) أى عكس الحكم المذكور وفى بعض النسخ وعكسها أى عكس مسئلة السلم (شراؤها) أى شراء الامة (بألف) فالحكم فيها لو ماتت الامة بعد الاقالة قبل القبض بطلان الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح لان المعقود عليه فيه هى الامة فلا تصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاول بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة فيه ابتداء بعد هلاك أحدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء أحدهما والحاصل أن هذا الجنس منقسم على أربعة أقسام الاول الاقالة فى السلم الثانى الاقالة فى بيع المقايضة الثالث الاقالة فى بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم هذه الثلاثة والرابع الاقالة فى الصرف وحكمه أنهما اذا تقايلا فيه بعد هلاك أحد البدلين أو كلاهما أو هلك البدلان أو أحدهما بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لان المعقود عليه فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة (والقول لمدعى الرداءة) بأن قال هو شرطنا طعاما رديئا وقال الآخر لم نشترط شيأ (و) لمدعى (التأجيل) بأن قال هو شرطنا التأجيل وقال الآخر لم نشترط شيأ لانه يدعى الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له (لا) أى ليس القول (لنافى الوصف) وهو الرداءة (و) لنافى (الاجل) والاصل فيه انهما اذا اختلفا فى الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند أبى حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة أن نقول لو أسلم دراهم الى رجل فى كر حنطة فقال المسلم اليه شرطنا رديئا وقال رب السلم لم نشترط شيا كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة وفى عكسه بأن ادعى رب السلم شرط الردىء وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا كان القول لرب السلم عند أبى حنيفة لانه يدعى الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن أجل وقال رب السلم له أجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت فى انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا وفى عكسه بأن ادعى المسلم اليه الاجل وأنكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عند أبى حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول قوله (وصح السلم) بالاجماع (والاستصناع) خلافا لزفر والثلاثة وهو أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيأ بثمن معلوم وصورته ما قاله صدر الاسلام البزدوى فى مبسوطه وهو أن يجىء انسان الى اسكاف فيقول له اخرز لى خفين ويبين له صفتهما وقدرهما و يبين الثمن أو يجىء الى صفار ويقول له صغ لى آنية من صفر ويبين له قدره وصفته وجنسه ونوعه ويبين الثمن ثم

قوله أو كلاهما كذا أغفله اهـ من هامش

الاستصناع

الاستصناع على نوعين استصناع فيما ليس فيه تعامل وهو فاسد بالاتفاق كما اذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوبا بغزل من عنده أو طلب من الخياط أن يخيط له قميصا بكرباس من عنده واستصناع فيه تعامل كما اذا استصنع (فى نحو خف وطشت وقمقم) وغير ذلك من الاوانى أما السلم فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت شرائطه فيه وأما الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا والقياس أن لا يجوز لانه بيع المعدوم وبه قال زفر والثلاثة ولكن ترك العمل به بما ذكرناه ثم الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا أتى به مفروغا بالتعاطى ولهذا يثبت الخيار فيه لكل منهما والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البردعى هو العمل ولهذا يبطل بموت أحدهما والاول أصح ولهذا لا يشترط أن يعمله بعد العقد حتى لو جاء به لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ولو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وللمستصنع الخيار وهو لا يثبت الا فى العين وانما يبطل بموت أحدهما لان لشبها بالاجارة وفى الفتاوى الصغرى لا يجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على اعطاء الاجرة وان شرط التعجيل فان قبض الصانع الدراهم ملكها فيبطل الاستصناع بموت الصانع ونقله عن بيوع خواهرزاده شمس الائمة (وله) أى للمستصنع (الخيار اذا رآه) أى اذا رأى المصنوع لانه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لانه دين فى الذمة ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره وعن أبى حنيفة انه له الخيار أيضا وعن أبى يوسف ان لا خيار لواحد منهما والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع (وللصانع بيعه) أى بيع المصنوع (قبل أن يراه) المستصنع لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع فقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعيينه واذا رآه ورضى به ليس له أن يبيعه لانه ثبت اللزوم فى حقه (ومؤجله) أى مؤجل الاستصناع (سلم) عند أبى حنيفة وقالا ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لانهما عقدان مختلفان اسما وحكما فلا بد من أن يلغى أحدهما بالآخر وله انه أمكن تصحيحه سلما وأمكن تصحيحه استصناعا وجعله سلما أولى لانه عقد جاءت به السنة والاستصناع ثبت باصطلاح الناس لا بالحديث وفائدة الخلاف أنه يشترط عنده جميع شرائط السلم كقبض رأس المال قبل الافتراق وغيره ثم المراد ما يصلح أن يكون أجلا فى السلم وقد بيناقدره فيما مضى وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والا ففاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكره على وجه الاستعجال بأن قال على أن تفرغ عنه غدا أو بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتأخير المطالبة وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم وعن الهندوانى ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما

* هذه (مسائل متفرقة) من أبواب شتى (صح بيع الكلب) لانه مال متقوم آلة للاصطياد كالبازى وعند الشافعى لا يجوز بيعه أصلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وبه قال أحمد ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

رواه الدارقطني وفي رواية الا كلب الضاري والمعلم وما رواه محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه الصلاة والسلام أمر بقتل الكلاب ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلماً أو قابلاً للتعليم وعن أبي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية واذا أتلف رجل كلب رجل يضمن عندنا قيمته خلافاً للشافعي (و) صح بيع (الفهد والسباع والطيور) لانها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وكذا يصح بيع الفيل لانه ينتفع به حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية أبي يوسف عنه لا يجوز لانه للتلهي وهو محظور والصحيح الاول وبيع الهر جائز لانه ينتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فلا يجوز بيعه وعن أبي حنيفة لا يجوز بيع الاسد الكبير ويجوز بيع الجرو عند بعض أصحابنا ونقل في بيوع الاجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد لا ينبغي لاحد أن يتخذ كلبا في داره الا أن يخاف من لصوص أو غيرهم فلا بأس بأن يتخذه وكذلك الاسد والفهد والضبع وجميع السباع بمنزلة الكلب في جميع ذلك (والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام فأعلمهم ان لهم ما للمسلمين فكل ما جاز لنا من البياعات كالصرف والسلم ونحوهما من أنواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما كعقد المسلمين على العصير والشاة لانهما أعز الاموال عندهم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون (ولو قال) شخص لغيره (بع عبدك من زيد) مثلا (بألف) درهم (على اني ضامن لك مائة) درهم (سوى الالف) الثمن (فباع) الرجل عبده بهذا الشرط (صح) البيع (بالف) درهم (وبطل الضمان) بالمائة لانها ليست من الثمن بل هو التزام للمال ابتداء وهو رشوة لان يبيعه وهو حرام فلا يصح (وان زاد) هذا القائل كلمة (من الثمن) بأن قال لغيره بع عبدك من زيد مثلا بالف درهم على اني ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف صح البيع (فالالف) يجب (على زيد والمائة) تجب (على الضامن) لان الزيادة كما تجوز من المشتري وان لم يسلم بمقابلتها شئ تجوز من الاجنبي اذا لم يسلم له شئ فصار كبدل الخلع حيث يجوز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لهما شئ بمقابلة البدل لكن من شرط صحة الزيادة المقابلة صورة فاذا قال من الثمن فقد وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلا يصح وعند زفر والشافعي لا تجوز الزيادة أصلا ولا يلزمه وقد مر أصل هذا ثم اذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق البائع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى اذا أخذ البائع الالف من المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه قام عليه به ويؤخذ الشفيع بالالف ولو تقايلا فللاجنبي أن يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قياس قول أبي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويرابح عليها وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان بأمره ولو رده بعيب أو تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لانه أخذها منه دون المشتري وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

وأما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشتري أو يعطي الزيادة من عنده
أو يضمنها أو يضيفها الى نفسه وان زاده بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري
(ووطء زوج) الامة (المشتراة قبض) للامة صورته اشترى أمة وزوجها المشتري قبل القبض
صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع حيث لا يجوز فاذا اجاز النكاح
فان وطئها كان قابضا لها لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا اليه كانه فعله
بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضا وهو معنى قوله (لا عقده) يعني ليس عقد زوج الامة المشتراة
بقبض لانه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وان كان القياس أن يكون قبضا
بنفس التزوج لانه تعيب حكمي بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة
الحرية أو حقه ومن ضرورته يصير قابضا (ومن اشترى عبدا فغاب) أي المشتري قبل القبض
(فبرهن البائع) أي أقام بينة (على بيعه) أي على أنه باع هذا العبد من فلان وأنه غاب قبل أن
ينقد الثمن (و) الحال (ان غيبته معروفة) وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه (لم يبع) العبد
أي لم يبعه القاضي (لدين البائع) لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان
فيه ابطال حق المشتري في العين (والا) أي وان لم يكن غيبته معروفة بأن لم يدر أين هو (بيع)
أي العبد أي باعه القاضي (لدينه) أي لدين البائع لان القاضي نصب ناظرا للعاجزين
ونظرهما في بيعه لان البائع يصل به الى حقه والمشتري تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فان
قلت القضاء على الغائب لا يجوز قلت ليست بينة البائع هنا للقضاء على الغائب وانما هي لنفي
التهمة وانكشاف الحال فان قلت هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع قلت ليس
هذا البيع مقصودا هنا لان المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه والشيء قد يصح ضمنا وان لم
يصح قصدا وقيل يوكل القاضي من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل
ايفاء الثمن ثم اذا بيع وأوفي ثمنه فان فضل شيء من دينه يمسك للمشتري الغائب لانه بدل ملكه
وان لم يف بالدين وبقي شيء منه تبع البائع اذا ظفر به (ولو غاب احد المشتريين) بان اشتريا شيأ
فغاب أحدهما قبل القبض يجوز (للحاضر دفع كل الثمن وقبضه) أي قبض المبيع كله (و) له
أيضا (حبسه) أي حبس المبيع عن شريكه اذا حضر (حتى ينقد شريكه) الثمن عندهما وقال
أبو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة وكان متبرعا فيما أدى
عن صاحبه والخلاف في مواضع أحدها في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله
والثاني في حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما أدى والرابع في
اجبار البائع على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا والخامس في
اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما
يجبر وعنده لا لابي يوسف أن الحاضر قضى دينا على الغائب بغير أمره فكان متبرعا فيه ولا جبر
على المتبرع ولا رجوع في التبرعات وهو أجنبي عن نصيبه فلا يقبضه وبهذا لو كان حاضرا
يكون متبرعا بالاجماع ولهما أن الحاضر مضطر الى أداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل
المبيع الى أن يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار فافهم (ومن باع امة بألف مثقال
ذهب وفضة فهما) أي الذهب والفضة (نصفان) يعني يجب خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

مثقال فضة لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد نصف لعدم الاولوية بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل منهما وعلى هذا لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدته فى المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره فى الموزون والمكيل والمعدود والمذروع (وان قضى زيف) وهو ما يرده بيت المال ويأخذه التجار (عن جيد) بأن كان له دراهم جياد على رجل فقضاه زيوفا وهو لا يدرى (وتلف) أى الزيف عنده بأن هلك أو أنفقه ثم علم بالعيب (فهو قضاء) لحقه فلا يكون له غيره عندهما وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حقه يراعى من حيث الوصف كما يراعى من حيث القدر الا أنه لما تعذر عليه الرجوع بالجودة يرد مثل المقبوض ويرجع بالجياد ولهما أن المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ولكن لم يبق له الا الجودة وهى لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس (وان أفرخ طير) أى أخرج فرخه من بيضه فى أرض رجل (أو باض) طير فى أرض رجل (أو تكنس ظبى) أى استتر (فى ارض رجل) ومعناه فى الاصل دخل فى الكناس وهو موضع الظبى ويروى تكسر أى تكسر رجله وانما قيد به لانه لو كسره أحد لكان له (فهو) أى المذكور من الفرخ والبيض والظبى (لمن اخذه) لانه مباح سبقت يده اليه هذا اذا لم تكن أرضه مهيأة لذلك فان كانت مهيأة للاصطياد فهو له الا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد أو حفر بئرا للماء فوقع فيها صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من الدراهم وغيرها فى ثيابه بخلاف معسل النحل فى أرضه حيث يملكه وان لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة فيها والتراب المجتمع فيها لجريان الماء وان لم تكن معدة وفى الغاية لو أن رجلا وضع صوفا على ظهر البيت فجاء المطر فابتل ثم ان رجلا عصره وأخرج منه الماء هل له أن يسترد قال ان كان وضعه لاجل ماء المطر فله أن يسترده منه وان كان وضعه لغيره لم يكن له أن يسترده وفى العيون لو أن صيدا دخل دار رجل فاغلق عليه الباب فان كان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه فاذا اخرج منه فهو لمن أخذه (ما) أى الذى (يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط) أربعة عشر شيأ على ما ذكره الشيخ الاول (البيع) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا أو باع دارا على أن يسكنها شهرا فالبيع فاسد كما مر (و) الثانى (القسمة) بأن كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهذا فاسد وصورة تعليقها بالشرط بأن اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضا فلان فهذا فاسد أيضا لان القسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع فيفسد بالشرط الفاسد (و) الثالث (الاجارة) بأن اجر داره بشرط أن يقرضه المستأجر أو يهدى اليه أو أجره اياها ان قدم زيد (و) الرابع (الاجازة) بالزاى المعجمة بأن باع فضولى عبده فقال أجزته بشرط أن يقرضنى أو يهدى الى أو علق اجازته بشرط لان الاجازة بيع معنى (و) الخامس (الرجعة) بأن قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضينى

قوله عبده كذا بخط المصنف ولعله بأن باع فضولى عبد الغيره فقال المالك أجزته الخ اه من هامش

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

كذا أو ان قدم زيد لانها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه فكذا لا يجوز تعليقها أيضا (و) السادس (الصلح عن مال) بمال بأن قال صالحتك على أن تسكنني في الدار سنة مثلا أو ان قدم زيد لانها معاوضة مال بمال فيكون بيعا (و) السابع (الابراء عن الدين) بأن قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهرا أو ان قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط (و) الثامن (عزل الوكيل) بأن قال لوكيله عزلتك على أن تهدي لي شيأ أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط (و) التاسع (الاعتكاف) بأن قال على أن أعتكف ان شفى الله مريضي أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل فلا يصح تعليقه بالشرط (و) العاشر (المزارعة) بأن قال زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان لانها اجارة فلا يصح تعليقها بالشرط كالاجارة (و) الحادي عشر (المعاملة) وهي المساقاة بأن قال ساقيتك شجري أو كرمي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان لانها اجارة أيضا (و) الثاني عشر (الاقرار) بأن قال لفلان علي كذا ان أقرضني كذا أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما اذا علقه بموته أو بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه المال على ما يجيء ان شاء الله تعالى (و) الثالث عشر (الوقف) بأن قال وقفت داري ان قدم فلان أو وقفت داري على ان أخبرتني بقدوم فلان لانه ليس مما يحلف به أيضا فلا يصح تعليقه بالشرط (و) الرابع عشر (التحكيم) بأن قال المحكمان اذا أهل الشهر أو قالا لعبد أو كافر اذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا وهذا عند أبي يوسف وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واضافته الى زمان فصار كالوكالة والامارة والقضاء وله أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار أنه صلح لا يصلح تعليقه ولا اضافته وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال (وما) أي والذي (لا يبطل بالشرط الفاسد) سبعة وعشرون شيأ على ما ذكره الاول (القرض) بأن قال أقرضتك المائة هذه بشرط أن تخدمني شهرا مثلا فانه لا يبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربا وأنه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة (و) الثاني (الهبة) بأن قال وهبت لك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي (و) الثالث (الصدقة) بأن قال تصدقت عليك بهذه المائة على أن تخدمني جمعة مثلا (و) الرابع (النكاح) بأن قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل كما عرف في موضعه (و) الخامس (الطلاق) بأن قال طلقتك على أن لا تتزوجي غيري (و) السادس (الخلع) بأن قال خالعتك على أن يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (و) السابع (العتق) بأن قال أعتقتك على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام (و) الثامن (الرهن) بأن قال رهنت عندك عبدي بشرط أن أستخدمه (و) التاسع (الايصاء) بأن قال أوصيت اليك على أن تتزوج ابنتي (و) العاشر (الوصية) بأن قال أوصيت لك بثلث مالي ان أجاز فلان (و) الحادي عشر (الشركة) بأن قال شاركتك على أن تهدي لي كذا (و) الثاني عشر (المضاربة) بأن قال ضاربتك في ألف على النصف في الربح ان شاء فلان أو ان قدم فلان (و) الثالث عشر (القضاء) بأن قال

الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على أن لا تعزل أبدا (و) الرابع عشر (الامارة) بأن قال الخليفة وليتك امارة الشأم مثلا على أن لا تركب فهذا الشرط فاسد ولا تبطل امارته لهذا (و) الخامس عشر (الكفالة) بأن قال كفلت عن غريمك ان أقرضتني كذا (و) السادس عشر (الحوالة) بأن قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التوى (و) السابع عشر (الوكالة) بأن قال وكلتك ان أبرأت ذمتي عما لك علي (و) الثامن عشر (الاقالة) بأن قال أقلتك عن هذا البيع ان أقرضتني كذا (و) التاسع عشر (الكتابة) بأن قال المولى لعبده كاتبتك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد أو على أن لا تعامل فلانا أو على أن تعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله أن يخرج من البلد ويعمل ما شاء من أنواع التجارة مع أي شخص شاء وذلك لان هذا الشرط غير داخل في صلب العقد وأما اذا كان داخلا في صلب العقد بأن كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به على ما عرف في موضعه (و) العشرون (اذن العبد في التجارة) بأن قال لعبده أذنت لك في التجارة على أن تتجر الى شهر أو على أن تتجر في كذا فان اذنه يكون عاما في التجارات والاوقات ويبطل الشرط (و) الحادي والعشرون (دعوة الولد) بأن قال لامته التي ولدت منه هذا الولد مني ان رضيت امرأتي بذلك (و) الثاني والعشرون (الصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي اليه شيئا فان الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط (و) الثالث والعشرون (الصلح عن الجراحة) بأن صالح عن جراحة بشرط اقراض شيء أو اهداء شيء (و) الرابع والعشرون (عقد الذمة) بأن قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل (و) الخامس والعشرون (تعليق الرد بالعيب) بأن قال ان وجدت بالمبيع عيبا أرده عليك ان شاء فلان مثلا (و) السادس والعشرون تعليق الرد (بخيار الشرط) بأن قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو قال أسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح الرد ويبطل الشرط (و) السابع والعشرون (عزل القاضي) بأن قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط لما ذكرنا أن هذه الاشياء كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة ثم اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر هنا ثلاثة أشياء الاول ما يبطل بالشروط الفاسدة الثاني ما لا يبطل بها الثالث ما لا يصح تعليقه بالشروط وبقي هنا ثلاثة أقسام أخرى الاول ما يجوز تعليقه بالشرط وهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة أو التوليات كالقضاء والامارة الثاني ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان وهو أربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والعتق والقضاء والامارة والطلاق والوقف والثالث ما لا يصح اضافته الى الزمان وهو تسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء من الدين لان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

---

* هذا (كتاب) في بيان أحكام (الصرف) *

وهو

وهو النقل لغة ولهذا سمي من يتصرف في النقد بالنقل صرافا وصيرفا وصيرفيا ويجيء بمعنى الفضل أيضا ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض وفي الشرع (هو) أي الصرف (بيع بعض الاثمان ببعض) كالذهب والفضة اذا بيع أحدهما بالآخر أو بجنسه ثم شرع يبين حكمه بالفاء التفصيلية بقوله (فلو تجانسا) أي النقدان بأن بيع أحدهما بجنس الآخر كالذهب بالذهب والفضة بالفضة (شرط التماثل) أي التساوي (والتقابض) قبل الافتراق (وان اختلفا) واصل بما قبله أي وان اختلف المتجانسان (جودة) أي من حيث الجودة (وصياغة) أي من حيث الصياغة والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى أن قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وأحمد وآخرون ولا فرق في ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق الحديث ثم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد أو شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي أن يكون القبض مقرونا بالعقد الا ان حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط أن يقبضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما أو أغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض أو بما يدل عليه (والا) أي وان لم يكونا من جنس واحد (شرط التقابض) فقط لما روينا (فلو باع الذهب بالفضة) بيعا (مجازفة صح) البيع لاختلاف الجنس لكن (ان تقابضا في المجلس) لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا وان افترقا قبل قبضهما أو قبل قبض أحدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض ولو باع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب مجازفة ثم علم تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح خلافا لزفر (ولا يصح التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) أي قبل قبض الثمن ثم أوضح ذلك بالفاء بقوله (فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب) لان في تجويزه فساد القبض المستحق بالعقد وعن زفر يجوز لان النقود لا تتعين في العقود والفسوخ (ولو باع أمة مع طوق) في عنقها من فضة (قيمة كل) واحد من الامة والطوق (ألف) مثقال (بألفين) أي بألفي مثقال (ونقد) المشتري (من الثمن ألفا فهو) أي الالف المنقود (ثمن الطوق) لان حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف فيصرف اليه تصحيحا للعقد والمتأخر الى الامة قال الشارح وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل ألف أي ألف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قلت قيمتها أو كثرت ثم قال الشارح بعد ذلك الا اذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثمن ذهبا أو بالعكس قلت بين ذلك لاحد شيئين اما لبيان انقسام الثمن على المثمن واما للاشارة الى أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان الطوق فضة والثمن ذهبا أو بالعكس (وان اشتراها) أي الامة (بألفين ألف نقد وألف نسيئة) بالجر فيهما على أنه بدل من ألفين ويجوز الرفع فيهما على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هما ألف نقد وألف نسيئة أو مبتدأ والخبر محذوف أي منهما ألف نقد وألف

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

نسيئة والمعنى أنه اشتراها بألف حالة وألف مؤجلة (فالنقد) وهو الالف الحالة (ثمن الطوق) لما ذكرنا ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع فى الجميع عند أبى حنيفة وقالا يفسد فى الطوق دون الجارية (وان باع سيفا حليته خمسون) أى تساوى خمسين درهما والباء فى قوله (بمائة) تتعلق بقوله باع أى باع بمائة درهم (ونقد) المشترى من الثمن (خمسين) درهما (فهو) أى الخمسون (حصتها) أى حصة الحلية تحريا للجواز (وان لم يبين) المشترى أنه حصتها (أو قال) المشترى خذ الخمسين (من ثمنهما) أى من ثمن السيف والحلية لان التثنية قد تذكر ويراد بها الواحد منهما قال الله تعالى فنسيا حوتهما والناسى أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما (ولو افترقا) أى المتعاقدان فى السيف (بلا قبض) شئ (صح) البيع (فى) حصة (السيف) لعدم اشتراط القبض فيما يخصه (دونها) أى دون الحلية لان حصة الصرف يجب قبضه (ان تخلص) السيف (بلا ضرر) هذا شرط جواز البيع فى السيف لانه اذا كان يتخلص بدون الضرر يقدر على تسليمه فيصير حينئذ نظير بيع الجارية مع الطوق (والا) أى وان لم يتخلص السيف الا بضرر (بطلا) أى البيعان بيع الحلية وبيع السيف لانه يصير حينئذ كبيع جذع من سقف وفى المحيط هذا اذا علم أن الفضة التى هى الثمن أكثر مما فى الحلية والطوق وان علم أنها مثله أو أقل منه لا يجوز للربا وان كان مجهولا لا يجوز خلافا لزفر (ولو باع اناء فضة) بفضة أو ذهب (وقبض بعض ثمنه وافترقا) أى المتعاقدان (صح) البيع (فيما قبض) لانه صرف يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ (والاناء مشترك بينهما) أى بين المتعاقدين ولا يثبت للمشترى خيار العيب بالشركة لانها حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق (وان استحق بعض الاناء أخذ المشترى ما بقى) بعد حصة المستحق (بقسطه) أى بحسابه (أو رد) البيع لان الشركة فى الاناء عيب لان التشقيص يضره فيثبت له الخيار والفرق بين المسئلتين ان الشركة فى الاولى من جهة المشترى كما بينا وهنا كانت موجودة عند البيع مقارنة له فافهم (ولو باع قطعة نقرة) وهى قطعة فضة مذابة كذا فى تهذيب الديوان فعلى هذا تكون الاضافة فيه من قبيل اضافة الجنس الى النوع والنقرة أيضا حفرة فى الارض غير كبيرة ونقرة القفا كذلك (فاستحق بعضها) أى بعض النقرة (أخذ) المشترى (ما بقى) بعد حصة المستحق (بقسطه) أى بحسابه (بلا خيار) لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء كما ذكرنا لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين) بأن يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وقال زفر والشافعى ومالك وأحمد فى رواية لا يجوز هذا العقد أصلا لانه مقابلة اشتملت على مقابلة الجنس وبخلافه فلا يجوز (و) صح أيضا بيع (كر بر وشعير بضعفهما) بأن يبيعهما بكرى بر وكرى شعير فيجعل كر بر بكر شعير وكر شعير بكر بر وفيه خلاف زفر والشافعى أيضا والتعليل من الجانبين ما مر (و) صح أيضا بيع (أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) فيجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا للعقد (و) صح أيضا بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة) بفتح الغين المعجمة وتشديد اللام وهو الذى يرده بيت المال ويقبله التجار وقال بعضهم دراهم غلة أى منكسرة (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) لانهما جنس واحد

قوله فنسيا كذا بخط المصنف ومثله فى الزيلعى والكافى والتلاوة بدون الفاء اه من هامش

فيعتبر

فيعتبر التساوى فى القدر دون الوصف وفيه خلاف زفر والشافعى أيضا (و) صح أيضا بيع (دينار بعشرة) هى دين (عليه) أى على البائع (أو) باعه (بعشرة مطلقة) يعنى لم يقل بالعشرة التى عليه (ودفع) البائع (الدينار) الى المشترى (وتقاصا العشرة) التى هى الثمن (بالعشرة) التى هى دين وكلاهما جائز اما اذا قابل الدينار بالعشرة التى عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعيين أحد العوضين بالقبض فى الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين ساقط وأما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف فلا يجوز وجه الاستحسان انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فتثبت الاضافة اقتضاء ولا فرق بين أن يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين سيجب والاول هو الاصح وهنا صورة أخرى وهى ان يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث لمشترى الدينار عشرة على البائع بأن باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان فى المجلس ففيه روايتان فى رواية أبى حفص لا يجوز واختاره شمس الائمة السرخسى وقاضى خان وفى رواية أبى سليمان تجوز المقاصة واختاره فخر الاسلام والصدر الشهيد والزاهد العتابى (وغالب الفضة و) غالب (الذهب فضة وذهب) وهو من قبيل اللف والنشر المرتب ثم بين التفريع الذى بنى عليه بقوله (حتى لا يجوز بيع) الفضة (الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا) أى من حيث الوزن (ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا) لانهما لا يخلوان عن قليل غش للانطباع فيكون الحكم للغالب (وغالب الغش) من الذهب والفضة (ليس فى حكم الدراهم والدنانير) لان العبرة للغالب فى الشرع ثم بين التفريع الذى بنى عليه بقوله (فصح بيعها) أى بيع غالب الغش وانما أنث الضمير باعتبار الفضة (بجنسها) أى بالمغشوش مثلها بيعا (متفاضلا) سواء كان عددا أو وزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذى فى الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف فى البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذى فى المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش (والتبايع) بالرفع عطف على قوله فيصح بيعها بجنسها أى وصح التبايع أى البيع والشراء (والاستقراض بما) أى بالذى (يروج) من غالب الغش من الذهب والفضة (عددا) أى من حيث العدد (أو وزنا) أى من حيث الوزن (أو بهما) أى بالعدد والوزن ان كان يروج بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لانهما لما كان الغالب فيهما الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادة الناس حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد فبالعدد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما (ولا يتعين) غالب الغش (بالتعيين) يعنى ما دامت تروج (لكونهما) أى لكون الذهب والفضة اللذان غلب عليهما الغش (أثمانا) بالاصطلاح فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى (ويتعين) غالب الغش (بالتعيين ان كانت لا تروج) لزوال المقتضى للثمنية

وهو الاصطلاح فتصير سلعة فتتعين به (والمتساوى) يعنى الذى استوى غشه وفضته أو غشه وذهبه حكمه (كغالب الفضة) وغالب الذهب (فى التبايع والاستقراض) حتى لايجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة ولاتتعين الا بالتعيين (و) حكمه (فى الصرف كغالب الغش) أى كحكم فضة غلب عليها الغش أو ذهب غلب عليه الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لايجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة ويشترط التقابض لانه صرف لوجود الفضة من الطرفين (ولو اشترى به) أى بغالب الغش (أو) اشترى (بفلوس نافقة) أى رائجة ماشية (شيأ وكسد) كل واحد من المذكورين (بطل البيع) عند أبى حنيفة فيجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا وعندهما البيع صحيح وبه قالت الثلاثة ثم قال أبو يوسف عليه قيمته يوم باع وبه يفتى وقال محمد عليه قيمته آخر ما تعامل الناس به وهو أحد قولى الشافعى لهما ان القبض مضمون فالكساد هالك فصار مضمونا بقيمته الا ان أبا يوسف نظر الى انه يجب القيمة عند البيع لانه مضمون بالبيع ومحمدا عند الانقطاع لانه حينئذ يتحول الى القيمة فيتعين يومئذ وله ان الثمنية تهلك بالكساد لانها ثابتة بالاصطلاح واذا بطلت بقى بيعا بغير ثمن فيبطل العقد وكذا على الخلاف اذا انقطعت عن أيدى الناس وحد الكساد ان تترك المعاملة بها فى جميع البلاد وان كان يروج فى بعض البلاد لايبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم ترج فى بلدهم فيتخير البائع ان شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع أن لا يوجد فى السوق وان كان يوجد فى يد الصيارفة وفى البيوت وفى الفتاوى الصغرى تفسير الكساد ان لا تروج فى جميع البلدان ثم قال هذا على قول محمد أما عندهما الكساد فى بلدة يكفى لفساد البيع فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا الاصطلاح بعض الناس وعنده لا لانه يعتبر اصطلاح الكل وقال أيضا لو كان مكانه نكاح يجب مهر المثل وفى المحيط دلال باع متاع الغير باذنه بدراهم معلومة فاستوفى الدراهم فقبل أن يدفع الى صاحب المتاع كسدت الدراهم لا يفسد البيع لان حق القبض له (وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين) العاقد لانها أموال معلومة وصارت ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجب فى الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لاتتعين لانها صارت ثمنا بالاصطلاح وله أن يعطيه غيرها (و) البيع (بالكاسدة) أى بالفلوس الكاسدة (لا) يصح (حتى يعينها) لانها سلع فلا بد من تعيينها وفى شرح الطحاوى ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلوس أو الدراهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس بعد ذلك ينظر ان كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فسخا لان كسادها بمنزلة عيب فيها والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقد النصف الآخر بطل البيع فى نصفها وله أن يسترد نصف الثمن ولو اشترى فاكهة أو شيأ بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع وله أن يرد المبيع اذا كان قائما أو قيمته أو مثله ان كان هالكا وروى عن أبى يوسف انه قال عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع (ولو كسدت أفلس القرض) بأن استقرض فلوسا

ثم

ثم كسدت (يجب) عليه عند أبي حنيفة (ردّ مثلها) أي مثل الكاسدة وعندهما يجب عليه ردّ قيمتها فعند أبي يوسف رد قيمتها يوم قبضها وعند محمد يوم كسادها لهما في وجوب القيمة ان في الكساد تعذر ردّها بوصفها فيجب قيمتها ثم اختلافهما في وجوبها يوم القبض والكساد فرع للاختلاف في غصب المثلي اذا انقطع وسيأتي ان شاء الله تعالى وله انّ المستقرض ملكها ضرورة الانتفاع بها ثم وجب ردّ المثل لتكون العين مردودة حكما والوصف لا يراعى في العين لصحة الردّ وان كانت قائمة يرد عينها بالاجماع (ولو اشترى شيأ بنصف درهم فلوس صح) الشراء وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وعلى هذا لو قال بثلث درهم أو بربعه أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز جميع ذلك الا بالعدد تحرّزا عن جهالة الثمن ولنا ان ما يباع من الفلوس بين الناس بنصف درهم ونحوه معلوم منها فأغنى العلم به عن العدد وفي الاصل واذا اشترى الرجل من الفاكهة أو من الادام بدانق أو بدانقين فلوس أو بقيراط فلوس فهذا جائز وعليه من الفلوس ما سمى لانّ الدانق والقيراط معروف ولو اشترى شيأ من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدراهم أخش هذا لفظ محمد في الاصل ولكن لم يصرح بالجواز وعدمه وقال في المختلف والحصر وعن أبي يوسف انه يجوز وعن محمد انه لا يجوز (ولو أعطى) شخص (صيرفيا درهما وقال أعطني به) أي بالدرهم (نصف درهم فلوسا و) أعطني (نصفا) يعني من الفضة (الا حبة) ناقصة من النصف (صح) هذا العقد فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة بطل في الكل عند أبي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة وأصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرر اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقال القدوري ومن أعطى الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما وقال أبو نصر الاقطع هذا غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند أبي حنيفة وعندهما جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الآخر على اختلافهم في الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد وقال في المنهاج للامام شرف الدين أبي حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي اذا دفع درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم الا حبة جاز البيع في حصة الفلوس وبطل في حصة الفضة قيل وعلى قياس قول أبي حنيفة يفسد في الكل وذكر القدوري انه يجوز البيع فكانت الفلوس والنصف الا حبة بدرهم والله أعلم بالصواب

هذا (كتاب) في بيان (أحكام الكفالة)

وهي في اللغة الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وفي الشرع (هي) أي الكفالة (ضم ذمة الى ذمة في المطالبة) يعني في حق المطالبة وفي رواية من الاصحاب ان موجبها موجب الدين على الكفيل وهذا غير صحيح لانه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفى الا أحدهما والصحيح هو الاول وعليه الائمة الاربعة الا رواية عن أحمد ان الدين ينتقل في الكفالة

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

عن الميت ونقل الشيخ أبو حفص رحمه الله ان الدين يسقط عن الاصل بالكفالة عند مالك والمشهور عنه خلاف ذلك (وتصح) الكفالة (بالنفس وان تعددت) الكفالة بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا يجوز اذا تعددت النفوس المكفول بها أيضا كما يجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لاسيما اذا تكفل بغير أمره ومشهور مذهبه كمذهبنا لقوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم رواه الدارقطني والزعيم الكفيل من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس وبه قال أحمد وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وحمزة بن عمرو الاسلمي وجرير بن عبد الله وأبي بن كعب وعمران بن الحصين والاشعث بن قيس رضي الله عنهم والباء في قوله (بكفلت بنفسه) تتعلق بقوله وتصح لانه حقيقة في معناها (و) تصح أيضا (بما عبر) من أعضائه (عن البدن) كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده فان قال تكفلت برأسه أو وجهه ونحوهما صحت الكفالة لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا (و) تصح أيضا (بجزء شائع) منه بأن قال تكفلت بثلثه أو ربعه أو خمسه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها (و) تصح أيضا بقوله (ضمنته) لانه تصريح بموجب الكفالة (و) تصح أيضا بقوله (على) لانه صيغة الالزام (و) بقوله (الى) لانه في معنى على في هذا الموضع (و) تصح أيضا بقوله (أنا زعيم) أي كفيل (به) أي بفلان (و) بقوله أنا (قبيل به) أي بفلان لان القبيل هو الكفيل ولهذا يسمى الصك قبالا لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل (لا) يصير كفيلا (بأنا) أي بقوله أنا (ضامن لمعرفته) أي بمعرفة فلان وقال أبو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يرون به الكفالة ولهما انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كانه قال أوقفك عليه وكذا لو قال أنا ضامن لان أدلك عليه أو لان أدل على منزله لا يكون كفالة ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ كذا في شرح الشافي وفي الفتاوى الصغرى اذا قال لآخر آشناى فلان برمن قال الفقيه أبو جعفر يكون كفيلا وقال الفقيه أبو الليث لا وعليه الفتوى وفي الواقعات الفتوى على أنه يصير كفيلا ولو قال آشناى من است أو قال آشنا بست صارت كفالة بالنفس عرفا ولو قال انجه ترا برفلان است من بدهم لا يكون كفالة لانه وعد كذا في مأذون شيخ الاسلام خواهرزاده (فان شرط) الكفيل (تسليمه) أي تسليم المكفول عنه (في وقت بعينه أحضره فيه) أي في ذلك الوقت (ان طلبه) المكفول له في ذلك الوقت أو بعده لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه عند حلول الاجل أو بعده (فان أحضره) أي فان أحضر الكفيل المكفول عنه ان طلبه المكفول له فيها (والا) أي وان لم يحضره (حبسه الحاكم) لامتناع ما وجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة (فلو غاب) المكفول بنفسه (أمهله) الحاكم (مدة ذهابه وايابه) أي رجوعه (فلو مضت) المدة (ولم يحضره حبسه) الحاكم الا عند مالك لو سافر بعيدا لا من شأنه ذلك السفر سقط طلبه وفي الايضاح اذا ظهر عجزه لا يحبس الا انه لا يحال بينه وبين المكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله (وان غاب) المكفول بنفسه (و) الحال

انه (لم يعلم مكانه لا يطالب) الكفيل (به) أى بالمكفول بنفسه بالاجماع لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع وان لم يعرف منه ذلك المكان فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضى الى أن يظهر عجزه وان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه وفى الذخيرة ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه والا لا يؤاخذ به ثم فى كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه (فان سلمه) أى فان سلم الكفيل المكفول بنفسه (بحيث) أى بمكان (يقدر المكفول له ان يخاصمه) أى أن يخاصم المكفول بنفسه (كمصر) أى كما اذا أسلمه فى مصر (برئ) الكفيل من الكفالة لانه أتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وسواء كان التسليم غير مشروط فى وقت أو كان مشروطا فيه فسلمه فى ذلك الوقت أو قبله ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فأنت أعلم بشأنه خذه ان شئت ثم لا يخلو اما أن يسلمه بعد طلبه أو لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة وان سلمه بغير طلبه فلا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بجهة الكفالة (ولو شرط) المكفول له (تسليمه) أى تسليم المكفول بنفسه (فى مجلس القاضى يسلمه) أى يسلم المكفول بنفسه (ثم) أى فى مجلس القاضى لان الشرط مقيد فيلزمه على الوجه الذى التزمه وان سلمه فى السوق برئ وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى فى زماننا وان سلمه فى برية أو فى سواد لا يبرأ وان سلمه فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة خلافا لهما والثلاثة ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت المطلوب) وهو المكفول بنفسه لانه برئ بموته وبراءته براءة الكفيل وعند مالك وبعض الشافعية يلزمه ما عليه (و) بموت (الكفيل) للعجز لان التسليم لا يتحقق منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفون فى ماله لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان حكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول له ان كانت الكفالة بأمره والا فلا (لا) تبطل بموت (الطالب) وهو المكفول له لان وصيه أو وارثه يخلفه فلا يبطل حقه (وبرئ) الكفيل (بدفعه) أى بدفع المكفول بنفسه (اليه) أى الى المكفول له (وان لم يقل) وقت التكفيل (اذا دفعته اليك فأنا برئ) لان موجب التسليم البراءة فتثبت به وان لم ينص عليها ولا بد من أن يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة أو استعانة أو اجارة الا اذا كان بطلبه فحينئذ لا يحتاج فيه الى أن ينص لتقدم ما يدل عليه ولو سلم الكفيل المكفول بنفسه الى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخلية (و) برئ الكفيل أيضا (بتسليم المطلوب) أى المكفول بنفسه (نفسه) الى المكفول له (من كفالته) يعنى بتسليمه بحكم

كفالته لانه قد يكون بغير حكم الكفالة فلا بد أن يقول سلمت نفسى اليك بحكم الكفالة على
ما بينا (و) برئ الكفيل أيضا (بتسليم وكيل الكفيل) المكفول بنفسه الى المكفول له لانه
يقوم مقامه (و) كذا بتسليم (رسوله) أى رسول الكفيل لانه سفير عنه فيكون فعله كفعله
ولكن شرط البراءة أن يقول كل منهما سلمت اليك بحكم الكفالة على ماذكرنا ولكن
الشيخ نص عليه فى تسليم المطلوب فقط وكذا نص عليه فقط فى فتاوى قاضى خان وفى المبسوط
نص عليه فى الكفيل ووكيله ورسوله (فان قال) الكفيل (ان لم يواف به) أى المكفول بنفسه
(غدا) أى فى غد (فهو ضامن لما عليه) أى لما على المكفول بنفسه (فلم يواف) الكفيل (به) أى
بالمكفول بنفسه فى غد حتى مضى الغد (أو مات المطلوب) أى المكفول بنفسه (ضمن) الكفيل
(المال) فى الصورتين لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الوفاء فاذا وجد الشرط لزم المال
ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنتفى بوجودها وكذا
يلزم المال بموت المطلوب لان عدم الموافاة لا تختلف باختلاف السبب وعند الشافعى الكفالتان
باطلتان أما الكفالة بالنفس فلا تجوز عنده وقد بينا وأما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على
خطر وبه قال مالك قلنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وباب
الكفالة أوسع لكونه من التبرعات فان قلت اذا مات الكفيل فى هذه المسئلة كيف يكون الحكم
قلت قد ذكر قاضى خان فى فتاواه ان وارثه بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه
حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعنى من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع الكفيل
المكفول بنفسه الى وارث الطالب فى الوقت برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت لزمه المال (ومن
ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم يواف به) أى بالمدعى عليه (غدا فعليه) أى فعلى
(المائة) والضمير يرجع الى الرجل (فلم يواف به) الرجل (به) أى بالمدعى عليه (غدا) حتى مضى
(فعليه) أى فعلى الرجل (المائة) وهى مائة دينار التى ادعى بها عندهما ولا فرق بين أن يبين
المائة أو لم يبينها بأن ادعى رجل على آخر فقال لى عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال رجل
آخر دعه فأنا كفيل بنفسه فان لم أوافك به غدا فعلى مائة دينار فادعى المدعى وأثبتها لزم الكفيل
وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت اليه فى دعواه لانه علق مالا مطلقا
بخطر ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة
بالنفس فلا تصح الكفالة بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا
فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فيصح على اعتبار البيان فاذا بين التحق
البيان بأصل الدعوى فتتبين صحة الكفالة الاولى فتترتب عليها الثانية (ولا يجبر على الكفالة
بالنفس فى حد) أى حد كان (وقود) أى قصاص عند أبى حنيفة وقالا يجبر فى حد القذف
والقصاص وفى غيرهما من الحدود لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما
ان حد القذف مشتمل على حق العبد والقصاص خالص حق العباد فيجبر وله قوله عليه الصلاة
والسلام لا كفالة فى حد مطلقا والحق القرتاشى حد السرقة بحد القذف والقصاص فى جواز
التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفى الاجبار عليه عندهما وليس تفسير الجبر عندهما هنا أن
يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يأمره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا أراد دخول

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

داره استأذنه فان أذن له دخل معه وان لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه فى باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر (ولا يحبس) المطلوب (فيهما) أى فى الحد والقصاص (حتى يشهد شاهدان) مستوران (أو) يشهد واحد (عدل) يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة فى الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة الواحد التهمة وان لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه مالم يثبت وعنهما أنه لا يحبس فى الحدود والقصاص أيضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة وفى الاجناس فى التعزير لا يحبس حتى يسأل عن عدالة الشهود وتقبل فيه الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال ويجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة وهى حق الآدمى وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة فى الذى يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة احبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فانى أحبسه وأجلده فى السجن الا أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه ولما فرغ عن بيان الكفالة بالنفس شرع فى بيان الكفالة بالمال فقال (و) تصح الكفالة (بالمال) وهو عطف على قوله وتصح بالنفس فى أول الكتاب وقوله (ولو) كان المال (مجهولا) واصل بما قبله لان مبناها على التوسعة فيجوز مطلقا وعند الشافعى فى الاصح وأحمد فى رواية لا يصح فى المجهول ويأتى الآن صورته وقيد بقوله (اذا كان) الذى تكفل به (دينا صحيحا) احترازا عن بدل الكتابة فان الكفالة به لا تجوز لانه ليس بدين صحيح ألا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه والباء فى قوله (بكفلت) يتعلق بالمحذوف أى يصح الكفالة بالمال بقوله كفلت (عنه) أى عن فلان (بألف) درهم هذا مثال المعلوم (و) يصح أيضا بقوله كفلت عنه (بمالك) أى بالذى ثبت لك (عليه) أى على فلان هذا مثال المجهول (و) تصح أيضا بقوله كفلت عنه (بما يدركك فى هذا البيع) يعنى اذا استحق البيع من يد المشترى ولزمه غرامة الثمن (و) تصح أيضا بقوله (ما بايعت فلانا فعلى و) بقوله (ما ذاب) أى ما ظهر ووجب (لك عليه) أى على فلان (فعلى و) بقوله (ما غصبك فلان فعلى) وانما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لانه اذا كان أحدهما مجهولا لا تصح الكفالة فقال فى شرح الطحاوى ولو قال لرجل ما ذاب لك على أحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك لاحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون له وفى نوادر هشام عن محمد لو قال لآخر ما غصبك فلان أو ما سرقك فانى له ضامن جاز ذلك الضمان ولو قال ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمى انسانا بعينه وفى المجرد قال أبو حنيفة لو قال رجل لرجل ما بايعت فلانا فعلى فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه فى أول مرة ولا يلزمه ما بايعه بعده وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله وفى الخلاصة رجل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك أو جحد فأنا ضامن لك صح ولو قال ان قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح بخلاف قوله ان أكلك سبع اه واذا كان الامر كذلك (وطالب) المكفول له (الكفيل) ان شاء (أو) طالب (المديون) أو طالب كلاهما جميعا لانه موجب الكفالة اذ هى تبنى على الضم وذلك يقتضى بقاء الاول لا البراءة (الا اذا شرط) المديون (البراءة فحينئذ

تكون) الكفالة (حوالة) فلا يطالب الاصيل الا بالتوى عندنا خلافا للشافعي والتوى أحد الامرين أو أحد الامور الثلاثة على ما يجيء ان شاء الله تعالى (كما ان الحوالة) وهي نقل دين من ذمة الى ذمة (بشرط أن لا يبرأ بها) أي بالحوالة (المحيل) وهو المديون (كفالة) فحينئذ للطالب أن يطالب الكفيل أو المحيل لانه كفالة فيتخير في طلب أيهما شاء وهو معنى قوله (ولو طالب) أي الاصيل (أحدهما له ان يطالب الآخر) لانه مقتضى الكفالة بخلاف المغصوب منه اذا اختار أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم) أي موافق وهو أن يكون الشرط سببا لوجوبه (كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع) أي كقوله ان استحق المبيع مستحق فعلى الثمن فان استحقاق المبيع شرط وجوب الحق في ذمته وجاز التعليق به لملايمته الشرط (أو) كشرط (لامكان الاستيفاء كان قدم زيد) أي كقوله ان قدم زيد فعلى ما عليه من الدين وهو معنى قوله (وهو) أي زيد (مكفول عنه) والواو للحال (أو) كشرط (لتعذره) أي لتعذر الاستيفاء (كان غاب) أي كقوله ان غاب زيد (عن المصر) فعلى ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها (ولا يصح) تعليق الكفالة (بنحو ان هبت الريح) أو ان نزل المطر لانه تعليق بالخطر فلا يصح كالبيع وذكر في الهداية والكافي انه ان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا وهذا سهو لان الحكم فيه ان التعلق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ثم لو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح ونحوه لا يصح التأجيل ويجب المال حالا أشار اليه بقوله (فان جعل) أي نحو ان هبت الريح (أجلا) في الكفالة (تصح الكفالة ويجب المال حالا) لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشرط الفاسد كالطلاق والعتاق وكذلك الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تاجيلها الى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتأجيل الى القطاف وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح أو نزول المطر فان أجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا (فان كفل) رجل (بما) أي بالذي (له) أي لزيد مثلا (عليه) أي على عمرو مثلا (فبرهن) أي زيد أي أقام بينة (على ألف) أي على ان له ألف درهم (لزمه) أي الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا (والا) أي وان لم يقم بينة (صدق الكفيل فيما أقر به) قليلا كان أو كثيرا (بحلفه) أي بيمينه لانه منكر للزيادة التي يدعيها الطالب والقول قول المنكر مع يمينه (ولا ينفذ) بالتشديد (قول المطلوب) وهو المكفول عنه (على الكفيل) يعني اذا أقر المطلوب بأكثر مما أقر به الكفيل لا يسري كلامه على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلى فأقر فلان على نفسه بألف مثلا فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس أن لا يلزمه شيء ولكن تكفل بما يتقرر عليه في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وههنا تكفل بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متهما فلا يصدق الا ببينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه (فان كفل بأمره) أي بأمر المطلوب (رجع) الكفيل (بما أدى عليه) أي على المطلوب لانه قضى دينا عليه بأمره ومعناه اذا أدى

ما ضمن

ماضمن اما اذا أدّى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيدا فأدّى رديئا أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدّى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث بأن مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهى جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينقل اليه الدين بمقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدّى ان أدّى أردأ من الدين وان أدّى أجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شئ فى ذمته وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء بأمره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدّى مالم يخالف أمره بالزيادة وبأداء جنس آخر وبخلاف ما اذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدى الا اذا صالحه على أن يهبه الباقى ففعل فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة (وان كفل بغير امره) أى بغير أمر المطلوب (لم يرجع) عليه لانه متبرع بأدائه وعند مالك وأحمد فى رواية يرجع (ولا يطالب) الكفيل (الاصيل) وهو المكفول عنه (بالمال) المكفول به (قبل ان يؤدّى) الكفيل المال (عنه) اى عن الاصيل لانه يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه من الموكل بمنزلة البائع من المشترى فيما يرجع الى الحقوق (فان لوزم) الكفيل من جهة الطالب (لازمه) أى لازم هو الاصيل أيضا حتى يخلصه وكذا اذا حبس له أن يحبسه لانه من جهته (وبرئ الكفيل) عن المطالبة بالمال (بأداء الاصيل) لان براءته توجب براءة الكفيل (ولو أبرأ الطالب (الاصيل) وهو المطلوب (أو أخر) الطالب (عنه) أى عن الاصيل بان أجل دينه (برئ الكفيل) فى الصورة الاولى (وتأخر) الدين (عنه) أى عن الكفيل يعنى يتأجل فى حقه ايضا لانه ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتأخر بتأخره (ولا ينعكس) أى الحكم المذكور وهو ان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخيره عنه يوجب التأخير عن الاصيل لانه ليس عليه دين واسقاط المطالبة أو تأخير الدين لا يوجب سقوطه (ولو صالح أحدهما) أى الاصيل أو الكفيل (رب المال عن الالف) الذى هو دين (على نصفه) أى على نصف الالف وهو خمسمائة درهم (برئا) أى الاصيل والكفيل اما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح يبرأ وبراءته توجب براءة الكفيل وأما اذا صالح الكفيل فلأن اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل فيبرأ الاصيل ضرورة فبراءته توجب براءة الكفيل فاذا برئ عن خمسمائة فان أدّى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع على الاصيل بها ان كان بامره والا فلا يرجع وهذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يذكرا فى الصلح براءتهما فيبرآن جميعا أو براءة الاصيل فكذلك أو لم يشترط شئ فكذلك أو شرط أن يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله على الاصيل (وان قال الطالب للكفيل برئت الىّ من المال) الذى كفلت به (رجع) الكفيل (على المطلوب) وهو المكفول عنه بالمال لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل فكأنه قال دفعت الىّ أو قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل (و) فى قول الطالب للكفيل (برئت) من غير قوله الىّ (او) فى قوله له (ابرأتك لا) يرجع الكفيل على الاصيل اما فى قوله ابرأتك فلأنه اسقاط

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

لانعلق له بغيره وامابقوله برئت بدون الى فهو كقوله برئت الى عند أبي يوسف وعند محمد مثل قوله أبرأتك (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) بأن قال الطالب اذا قدم زيد فأنت بريء من الكفالة فانه لايصح لان في الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين والتمليك لايقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لايرتد ابراء الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف الابراء عن الدين لان فيه معنى التمليك (والكفالة) بالرفع عطف على قوله تعليق البراءة أي بطل الكفالة (بحد وقود) أي قصاص لانه لايتحقق اذا أقيم على غير الجاني هذا اذا كفل بنفس الحد فلو كفل بنفس من عليه الحد يصح (ومبيع) أي وبطل الكفالة أيضا بمبيع في يد البائع لانه قبل القبض ليس بمضمون بنفسه والمراد الكفالة بعين المبيع لانه اذا كفل بتسليم المبيع جاز لانه ممكن (ومرهون) أي وكذا لايصح بمرهون في يد المرتهن لانه غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وليس هو بواجب على الاصيل (وأمانة) أي وكذا لايصح بأمانة لانها ليست بمضمونة على الاصيل لاعينها ولاتسليمها وهي كالودائع والمضاربات والشركات (وصح) أي التكفيل يعني الكفالة (لو كان المكفول به (ثمنا) أي ثمن مبيع لانه دين صحيح على المشتري (و) كذا اذا كان (مغصوبا) لانه مضمون بعينه (و) كذا اذا كان (مقبوضا على سوم الشراء) أي على طلبه لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فأمكن ايجابه على الكفيل (و) كذا اذا كان (مبيعا فاسدا) لان المقبوض في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب عليه قيمته (وحمل دابة) بالجر عطف على قوله بحد وقصاص أي بطل الكفالة بحمل دابة (معينة مستأجرة) بأن استأجرها شخص للحمل عليها فكفل رجل بالحمل فانه لايجوز لانه عاجز عن الحمل عليها بتقدير هلاكها واذا كانت غير معينة يجوز لانه قادر على ذلك على أي دابة شاء والحمل هو المستحق عليه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز للقدرة عليه (وخدمة عبد) بالجر أيضا عطف على حمل دابة أي وتبطل الكفالة أيضا بخدمة عبد (استؤجر للخدمة) لعدم القدرة عليه كما ذكرنا وفي المبسوط لو تكارى دابة أو عبدا وعجل الاجرة ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه فان الكفيل يؤاخذ به مادام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما يجري فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك المستأجر لم يكن له على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر (و) لاتصح الكفالة أيضا (بلا قبول الطالب) وهو المكفول له (في مجلس العقد) عندهما لانه تصرف في حق المكفول له فلا يصح الا بقبوله ورضاه وقال أبو يوسف هي جائزة لازمة لانه لم يشترط حضور المكفول به ولا حضور المكفول عنه فلا يشترط حضور المكفول له وبه قالت الثلاثة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لايشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فأجاز جاز (الا أن تكفل وارث المريض عنه) أي عن المريض بما عليه من الدين

للغرماء

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

للغرماء مع غيبتهم فانه جائز عندهما أيضا استحسانا وان كان القياس يأباه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بأن يقضوا دينه فتصح ولو ضمن عنه الاجنبى قيل لا يجوز وقيل يجوز فاذا قضى دينه بأمره يرجع به فى تركته (و) لا تصح الكفالة أيضا (عن ميت مفلس) بأن لم يترك مالا وعليه ديون عند أبى حنيفة وقالا يجوز لانه كفالة بدين سابق لان الموت لا يوجب سقوط الدين وبه قالت الثلاثة وله أنه كفل بدين ساقط فلا يصح (و) لا تصح أيضا (بالثمن للموكل) صورته اذا وكل رجل رجلا ببيع شئ فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشترى لم يجز لان حق القبض الى الوكيل وعند الثلاثة يصح (و) لا تصح أيضا بالثمن لاجل (رب المال) صورته ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه عن المشترى فانه لا يصح لان المضارب بجهة الاصالة فى البيع ولهذا لا يبطل بموت رب المال وبعزله فيكون ضامنا لنفسه فلا يصح (و) لا يصح أيضا بالثمن (للشريك اذا بيع عبد صفقة) يعنى فى عقد واحد صورته باع رجلا عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن أحدهما الشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشترى أو الكفيل من الثمن الا وللشريك فيه نصيب بخلاف ما اذا باعه صفقتين بأن سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا حيث يصح ضمان أحدهما فيه للآخر لان نصيب كل منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة (و) لا تصح أيضا (بالعهدة) صورتها أن يشترى عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشترى رجل بالعهدة ويسكتان على ذلك ولم يبينا ما هى وانما لا تجوز للجهالة لان العهدة اسم مشترك يقع على الصك القديم لانه وثيقة وهو ملك البائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشترى فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح وعلى العقد لانه مأخوذ من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فى الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام أى خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم (و) لا يصح أيضا ضمان (الخلاص) عند أبى حنيفة وقالا يجوز ومعناه عندهما لو استحق المبيع فعليه شراؤه وتسليمه الى المشترى أو تخليصه ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك فى المعنى وبه قالت الثلاثة وأبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان أجاز المستحق البيع ورد الثمن ان لم يجز (و) بمال الكتابة) أى ولا يصح أيضا بمال الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه على شرف السقوط بتعجيزه نفسه فلا يمكن اثباته على الكفيل الا رواية شاذة عن أحمد انه يصح

* هذا (فصل) فى مسائل متفرقة من جنس هذا الباب (ولو اعطى المطلوب الكفيل) أى لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل (قبل أن يعطى الكفيل الطالب) أى المكفول له (لا يسترد) المكفول عنه (منه) أى من الكفيل لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة فى يده ولكن

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

لا يكون للاصيل أن يستردّه من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدّى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه مالم يقبض دينه (وماربح الكفيل) من المال الذى قبضه من المطلوب قبل أن يعطى هو للطالب فهو (له) أى للكفيل يعنى طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو أو الاصيل الا أن فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند أبى حنيفة وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قولهما خلافا لابى يوسف وأصل الخلاف فى الربح بالدراهم المغصوبة (وندب) أى استحب (ردّه) أى ردّ الربح (على المطلوب) وهو المكفول عنه (لو) كان الذى أخذه منه (شيأ يتعين) كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول أبى حنيفة وعنه أنه يتصدّق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض وله ان الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين فيتصدّق به فى رواية على الفقراء وفى رواية يردّه على الاصيل لان الكراهية لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه أنه يطيب له هذا اذا أعطاه على وجه القضاء لدينه وان أعطاه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه (ولو امر) الاصيل (كفيله ان يتعين عليه حريرا) أى أن يبيع العينة وهى أن يقول له اشتر من الناس حريرا أو غيره من الانواع ثم بعه فما ربح البائع منك وخسرته أنت فعلىّ وصورته أن يأتى هو الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو فى السوق بعشرة فيصل الى العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر الى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التى أقرضه على انها ثمن الثوب فتبقى عليه الخمسة عشر قرضا (ففعل) الكفيل ذلك (فالشراء) يكون (للكفيل والربح) الذى ربحه التاجر (عليه) أى على الكفيل ولا يلزم الآمر شئ من ذلك لانه اما ضامن لما يخسر نظرا الى قوله علىّ والضمان بالخسران لا يجوز لان الضمان لا يكون الا بمضمون واما توكيل بالشراء نظرا الى الامر به فلا يجوز أيضا لجهالة الحرير وثمنه وهذا النوع من البيع يسمى عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة أى نسيئة من عين الميزان وهو ميله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هى شراء ما باع بأقل مما باع وقيل لما فيها من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح الانفس وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوّكم والمراد اتباع أذناب البقر الزراعة (ومن كفل عن رجل بما ذاب) أى ظهر ووجب (له) أى لفلان (عليه) أى على الرجل (أو) كفل عن رجل (بما قضى له) أى لفلان (عليه) على الرجل (فغاب المطلوب) وهو المكفول عنه (فبرهن المدّعى) أى أقام بينة (على الكفيل ان له على المطلوب الفا لم تقبل) بينته لانه كفل ما لا سيجب فى المستقبل بالقضاء أو بأى سبب كان وذلك لم يوجد والقضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيأ (ولو برهن) رجل أى أقام بينة عند القاضى على رجل (ان له على زيد كذا) من المال (وان هذا) أى الذى أحضره عند القاضى (كفيل عنه) أى عن زيد (بأمره) وزيد غائب (قضى به)

اى

أى بالبرهان أى البينة (عليهما) أى على زيد وعلى الذى أحضره وأقام عليه البينة انه كفيل عنه فان قلت القضاء على الغائب لا يجوز فكيف يقضى ههنا اذا كانت الكفالة بأمره قلت اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر الا باثباته على الغائب يجوز القضاء على الغائب كما اذا ادعى عبد ان الحاضر اشتراه من مولاه الغائب ثم أعتقه فأنكر الحاضر الشراء والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه حتى اذا أثبت العبد الشراء والعتق نفذ على الغائب حتى اذا حضر ليس له ان يدعيه (ولو) برهن أنه كفل عنه (بلا أمر) الغائب (قضى على الكفيل فقط) يعنى لا يقضى على الغائب لان المدعى هنالك مال مطلق فأمكن اثباته بخلاف ما تقدم (وكفالته) أى أى كفالة رجل للمشترى عن البائع اذا باع لهدار امثلا (بالدرك) وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع (تسليم) للمبيع واقرار منه انه لا حق له فيه حتى لو ادعى مع ذلك أن الدار ملكه أو ادعى فيها الشفعة أو الاجارة لا تسمع دعواه لان اقدامه اقرار بأن البائع مالك لها وقت البيع فلا يصح دعواه بعد ذلك (وشهادته) أى شهادة الرجل المذكور فى الصورة المذكورة يعنى كتابة شهادته (وختمه لا) يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها مايدل على انه أقر للبائع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة أو ينظر فى البيع حتى اذا رأى فيه مصلحة أجازه وليس فيها مايدل على نفاذه الا اذا شهد عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك وقوله وختمه وقع على اعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك مختوما أو غير مختوم (ومن ضمن عن آخر خراجه) قيل المراد به الخراج الموظف وهو الذى يجب فى الذمة بأن يوظف الامام كل سنة فى مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذى يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب فى الذمة وفى الغاية أما الخراج فانما صح الضمان به لانه دين مضمون حقا للعبد يطالب به ويحبس فصار ضمانه كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فانه لا يصح فى الاموال الظاهرة والباطنة جميعا والخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون دينا وليس الزكاة بدلا عن شئ آخر فلا تكون دينا (أو رهن به) أى بالخراج (أو ضمن نوائبه) أى نوائب الآخر وهى ما تكون بحق كأجرة الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وقيل أريد به ما ليس بحق كالجبايات التى فى زماننا تأخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد الشيخ هو الاول جازت الكفالة بلا خلاف لانه واجب مضمون وان كان مراده الثانى ففيه اختلاف المشايخ فقيل لا تجوز الكفالة بها وهو قول صدر الاسلام أيضا وقيل تجوز وهو قول فخر الاسلام على البزدوى أيضا لانها فى المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها (و) ضمن (قسمته) والرواية الصحيحة أو قسمته وهى ما أصاب الواحد من النوائب لان القسمة هى النصيب وقيل هى النوائب بعينها غير ان القسمة ما يكون راتبا والنوائب ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة اذا لم يكن فى بيت المال شئ وقيل هى أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمن انسان لانها واجبة وقيل معناها اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه وقال الفقيه أبو الليث السمرقندى ذكر عن أبى بكر بن أبى سعيد أنه قال وقع هذا

الحرف غلط الا معنى له لان القسمة مصدر والمصدر الفعل غير مضمون قلت دعوى الغلط غلط لان القسمة اسم لانه بمعنى النصيب كما فى قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب أو بمعنى النائبة وهى أيضا اسم أو بمعنى أجرة القسام وهى أيضا اسم (صح) هذا الضمان وصح هذا الرهن أيضا وهو جواب قوله ومن ضمن (ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة) درهم (الى شهر فقال له) الآخر وهو المقر له صدقت ولكن (هى) أى المائة (حالة) فأنكر الاجل (فالقول للضامن) وهو المقر لانه أقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعى عليه المطالبة فى الحال وهو منكر فالقول قوله بخلاف ما اذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر أقر بدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة وعند الشافعى القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيهما وفى الاوصاف القول للمقر وقال أبو يوسف القول للمقر له فيهما رواه عنه ابراهيم ابن يوسف لان المقر قد أقر له بحق ثم ادعى تأخيره فلا يصدق الا بحجة (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك) وهو أن يضمن الثمن عند ظهور المستحق (فاستحقت) أى الامة (لم يأخذ المشترى الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه مالم ينفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشترى وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه وعن أبى حنيفة أن المبيع ينتقض بمجرد الاستحقاق وعن أبى يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بها وعن أبى يوسف ان أخذ العين بعد الحكم دليل الفسخ والاول هو الظاهر

* هذا (باب) فى بيان أحكام (كفالة الرجلين والعبدين) *

لرجل (دين عليهما) أى على اثنين بأن اشتريا منه عبدا (وكل) واحد منهما (كفل عن صاحبه فما) أى كل شئ (أداه احدهما) أى لاثنين (لم يرجع على شريكه) حتى يزيد ما يؤديه على النصف (فان زاد) ما أداه (على النصف رجع بالزيادة) لان كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف كفيل فما يؤديه يصرف الى ما عليه اصالة (وان كفلا) أى الاثنان (عن رجل) بأن كان على رجل دين ألف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد (وكفل كل) واحد من الاثنين (عن صاحبه) بما لزمه بالكفالة والكفالة عن الكفالة جائزة كما يجوز عن الاصيل (فما أدى) أحدهما (رجع بنصفه على شريكه) ثم يرجعان على الاصيل ان شاء لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه (أو) ان شاء رجع هو (بالكل على الاصيل) لانه كفل بالجميع بأمره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما اذا كفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهى كالمسئلة الاولى فى الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان

الدين ينقسم عليهما نصفين ولا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف (وان ابرأ الطالب أحدهما) أى أحد الاثنين (آخذ) الطالب (الكفيل) الآخر (بكله) أى بكل المال لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فيبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه به (ولو افترق المفاوضان) أى الشريكان شركة المفاوضة (أخذ الغريم أيا) أى الاثنين (شاء بكل الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر على ما مر فى الشركة (ولا يرجع) المأخوذ منهما على صاحبه (حتى يؤدى أكثر من النصف) لما بينا فى كفالة الرجلين (وان كاتب) شخص (عبديه كتابة واحدة وكفل كل) واحد من العبدين (عن صاحبه فأدى أحدهما رجع) على صاحبه (بنصفه) أى بنصف ما أدى وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع أولى وجه الاستحسان ان تصرف المكاتب يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل المال كله على كل واحد منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلق بادائه فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فأيهما أدى عتق وعتق الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل فى حق صاحبه لانقسام المال عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائزة فكان كل واحد منهما اصيلا فى الكل كفيلا عن صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا فى حق صاحبه لانه ضرورى فيتقدر بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا أدى أحدهما شيأ وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه ثم قيد بقوله كتابة واحدة لانه اذا كاتبهما بعقدين كل واحد بعقد فكفالة كل منهما عن الآخر باطلة ولو كاتبهما كتابة واحدة على ألف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق بأداء حصته ولو كاتبهما كتابة واحدة على انهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق ولم يذكر كفالة كل منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثانى حتى يعتق أحدهما بأداء حصته وعندنا كالفصل الاول فى جميع ما قلنا (ولو حرر) المولى (أحدهما) أى أحد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود الملك فى الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة ويبقى على صاحبه حصته لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة العتق ثم انه (أخذ أيا) أى أى العبدين (شاء بحصة من) أى الذى (لم يعتقه) فان شاء أخذ المعتق بالكفالة وان شاء أخذ صاحبه بالاصالة (فان أخذ) المولى (المعتق) بفتح التاء وهو العبد الذى أعتقه (رجع) أى المعتق (على صاحبه) لانه كفيل عنه بأمره فيرجع به عليه (وان أخذ) المولى العبد (الآخر) وهو الذى لم يعتقه (لا) يرجع على صاحبه لانه أصيل فلا يرجع على أحد فان قلت كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز قلت هذا فى حالة البقاء لانه لم يكن فى الابتداء كفيلا قط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرت الكفالة فيه فى حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

فلا يمكن تقدير الاصالة فيه فيبقى كفيلا (ومن ضمن عن عبد مالا) من الاموال التى (يؤاخذ به) أى بذلك المال (بعد عتقه) كالمال الذى لزمه بالاقرار أو بالاستقراض أو بالوطء عن شبهة أو استهلاك وديعة (فهو) اى المال الذى ضمنه (حال) يعنى يلزمه فى الحال (وان لم يسمه) الضامن بأن المال حال على العبد الا أن المطالبة تأخرت عنه لعسرته والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب أو مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بأمره واحترز بقوله بدين يؤاخذ به بعد العتق عما يؤخذ به فى الحال مثل دين الاستهلاك عيانا أو دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه يجوز الكفالة به بلا شبهة (ولو ادعى) شخص (رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد) قبل التسليم الى المدعى (فبرهن المدعى) أى أقام بينة على (أنه) أى ان العبد (له) أى ملكه (ضمن) الكفيل (قيمته) أى قيمة العبد لانه تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على دين ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت تجب عليه قيمتها بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد أو بنكوله لان الاصيل ليس بحجة فى حق الكفيل فلا يلزمه مالم يقر به هو بنفسه (ولو ادعى) شخص (على عبد مالا) بأن قال أخذمنى كذا بالغصب أو استهلكه (وكفل بنفسه) أى بنفس العبد (رجل فمات العبد) قبل التسليم الى المدعى (برئ الكفيل) لان العبد برئ بموته وبراءته توجب براءة الكفيل (ولو كفل عبد عن سيده بأمره) ولم يكن على العبد دين صحت هذه الكفالة لان أمر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين فاذا كان عليه دين مستغرق لا يجوز لانه يتضمن ابطال حق الغرماء كما لا يجوز رهنه حينئذ ثم اذا صح هذا (فعتق) العبد (فأداه) أى المال المكفول به لم يرجع به على المولى لانه لا يستحق على المولى شيأ وقال زفر يرجع اذا أدى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بأمره لتحقق الموجب للرجوع (أو كفل سيده) أى سيد العبد (عنه) أى عن العبد صحت الكفالة كيفما كانت ثم اذا صحت (وأداه) أى المولى أدى المال المكفول به (بعد عتقه) أى بعد عتق العبد ولا يرجع عليه أيضا عندنا خلافا لزفر وقوله (لم يرجع واحد) من المولى والعبد (على الآخر) جواب المسئلتين جميعا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

* هذا (كتاب) * فى بيان أحكام (الحوالة) *

وهى لغة التحويل والنقل وشرعا (هى) أى الحوالة (نقل الدين من ذمة) شخص (الى ذمة) شخص آخر واختلف المتأخرون أنها توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا أو عن المطالبة دون الدين فقال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين وقال بعضهم عنهما جميعا (وتصح) الحوالة (فى الدين) لانها تحويل ونقل وهو فى الدين (لا) تصح (فى العين) لان الدين وصف شرعى وهذا النقل حكم شرعى يظهر أثره فى المطالبة وأما العين فحسى فلا ينتقل بالنقل الحكمى بل بالنقل الحسى فان قلت الدين وصف ثابت فى الذمة وهو عرض فكيف يقبل النقل قلت الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر لان الشرع حكم ببقائها بعد المباشرة وتصح (برضا المحتال) وهو

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

الدائن لان الدين حقه وهذا بالاجماع الا رواية عن أحمد (و) برضى (المحتال عليه) وهو الذى يقبل الحوالة لانه يلزمه بالحوالة ولا يلزم بدون الالتزام الا عند الشافعى وأحمد فى رواية لا يشترط رضاه وهو اختيار الجرجانى من أصحابنا كذا فى مختصر الاسرار وعند مالك لو كان عدوا شرط رضاه والا فلا ولم يذكر الشيخ المحيل وهو الذى عليه الدين لان الحوالة تصح بدون رضاه لانه لا ضرر عليه بل له نفع لان المحتال عليه اذا أدى الدين لا يرجع على المحيل اذا لم تكن الحوالة بأمر المحيل فكان نفعا محضا كذا ذكر فى الزيادات والعيون وفى القدورى والهداية وغيرهما وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه لان المحيل هو الاصل فى الحوالة وبه قالت الثلاثة (وبرئ المحيل) وهو المديون (بالقبول) أى بقبول الحوالة من المحتال له والمحال عليه (من الدين) يعنى لا يرجع أبدا الا بالتوى على ما يجىء وقال زفر والقاسم بن معن لا يبرأ لان المقصود بها التوثق كالكفالة لا تؤثر فى سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن أبى ليلى يبرأ فى الكفالة أيضا اعتبارا بالحوالة ولنا أن الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعانى اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضى أن يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة الاصيل ثم اختلفوا فى البراءة على ما ذكرنا فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ من الدين وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين أحدهما اذا أبرأ المحتال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثانى أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين على رجل كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجله (ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى) وقال الشافعى لا يرجع عليه وان توى حقه لان الدين انتقل من ذمته فبرئت فلا يعود كما فى الابراء وبه قال أحمد ولنا أن المحتال انما رضى بهذا النقل بشرط وصول الدين من جهة المحتال عليه بدلالة الحال وقد فات هذا الشرط بالتوى فيعود حقه الى ذمة المحيل (وهو) أى التوى بأحد الامرين عند أبى حنيفة اما أن (يجحد) المحال عليه (الحوالة ويحلف ولا بينة له) أى لكل واحد من المحيل والمحتال عليه أى على المحتال (عليه أو يموت) المحال عليه حال كونه (مفلسا) بأن لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا فاذا ترك كفيلا كفل عنه بأمره أو بغير أمره لا يعود الدين الى ذمة المحيل وقالا هذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته فهذا بناء على أن الافلاس يتحقق عندهما بقضاء القاضى وعنده لا وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا وأنكر الآخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو حيا وأنكر اليسر (فان طلب المحال عليه المحيل بما) أى بالذى (أحال) أى بمثل ما أحال به (فقال المحيل احلت بدين) أى بسبب دين ثابت (لى عليك) لم يقبل قوله بل (ضمن المحيل) للمحتال عليه (مثل الدين) الذى أحال به لتحقق السبب وهو قضاء دينه بأمره لكن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر وهذا بالاجماع (وان قال المحيل للمحتال أحلتك) على فلان (لتقبضه) أى الدين (لى) أى لاجلى أراد أنه وكله فى قبضه (فقال المحتال أحلتنى بدين) أى بسبب دين (لى عليك فالقول للمحيل) لان المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بأن عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة (ولو أحال) شخص (بما) أي بالشئ الذي (له عند زيد) حال كونه (وديعة) بأن أودع عنده ألف درهم مثلا ثم أحال بها غريمه (صحت) الحوالة لانه أقدر على التسليم فكانت أولى بالجواز (فان هلكت) الوديعة (برئ) زيد الذي هو المحال عليه لان الحوالة مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بأن استحق بالبينة صار مثل الوديعة (وكره السفاتج) قال القدوري هو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وصورته أن يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الامن وفي الفتاوى الصغرى السفتج ان كان مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وفي الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب كان جائزا وكذلك لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وفي كفاية البيهقي وسفاتج التجار مكروهة لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس هكذا روى عن ابن عباس وهو جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته يعني المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام أمره فان قلت ما وجه ذكر هذا في كتاب الحوالة قلت أما هؤلاء فانهم تبعوا القدوري فانه ذكره في كتاب الحوالة وأما وجه ذكر القدوري فقيل لانه معاملة في الديون كالكفالة والحوالة ونقل عن الامام بدر الدين الكردري أنه قال انما أورد هذا في الحوالة لانه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فيكون في معنى الحوالة

هذا (كتاب) في بيان أحكام (القضاء)*

وهو في اللغة الاتقان والاحكام وفي الشرع هو فصل الخصومات قاله الشارح والاولى أن يقال هو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة (أهله) أي أهل القضاء (أهل الشهادة) فكل من صلح شاهدا صلح قاضيا ومن لا فلا فلا يجوز ولاية الصبي والمجنون والعبد والاعمى والاطروش يجوز وقيل لا يجوز (والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة) وقيل لا يصح قضاؤه أصلا لانه لا يؤمن عليه لفسقه وهو قول الثلاثة واختيار الطحاوي وينبغي أن يفتى به خصوصا في هذا الزمان فلذلك قال الشيخ (الا أنه) أي أن الفاسق (لا ينبغي أن يقلد) لانه لا يؤمن عليه فكيف يؤمن منه على غيره وفي خلاصة الفتاوى اختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضاء والاصح أنه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق ثم قال قال في المحيط ويستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط في التقليد أنه متى جار ينعزل وعند الشافعي ينعزل والامام يصير اماما مع الفسق ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف وفي نوادر هشام قال محمد لو فسق القاضي ثم تاب فهو على قضائه وفي الاجناس عن علي الرازي صاحب أبي يوسف ينعزل القاضي بفسقه ولا ينعزل الخليفة بفسقه وفي أدب القاضي للحسن بن زياد في قاض مكث وهو عدل ثم فسق بعد ذلك وارتشى وقد كان قضى بقضايا قبل أن يفسق وبقضايا بعد ما فسق أبطل كل قضية قضى بها بعد ما فسق وأنفذت القضايا التي قضى بها قبل أن يفسق وقال أبو حنيفة لو أن قاضيا قضى بين الناس زمانا وأنفذ قضايا كثيرة ثم علم أنه فاسق

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

مرتش لم يزل منذ ولى على ذلك ينبغي للقاضي الذي يختصمون اليه أن يبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي (ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة لا ينعزل) نظرا الى ابتداء أمره في الولاية وكذا لو فسق بغير الرشوة أيضا وانما خص الرشوة بالذكر لانها معظم الاشياء التي توجب الفسق خصوصا بين القضاة وذكر الاستروشني في فصوله القاضي اذا ارتشى وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش وذكر الامام البزدوي أنه ينفذ فيما ارتشى أيضا وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة وبالقول الاول أخذ شمس الائمة السرخسي وهو اختيار الخصاف وان ارتشى ولد القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فان كان بأمره ورضاه فهو وما لو ارتشى القاضي سواء ويكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علم القاضي نفذ وكان على المرتشي رد ما قبض وفي كتاب أدب القاضي لابي محمد الناصحي النيسابوري ان أخذ القاضي الرشوة وحكم للذي رشاه بحق ليس فيه ظلم كان هذا الحكم باطلا ولا يحل لاحد أن ينفذ ذلك القضاء من القضاة بل يرده فقد سقطت عدالة المرتشي (و) لكنه (يستحق العزل) لطرو الفسق وقيل ينعزل بالفسق ذكره في الواقعات وبه قالت الثلاثة وفي النوادر عن علمائنا الثلاثة أن الفاسق لا يصلح قاضيا قال الشارح والظاهر هو الاول وان العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولى الجاهل صح وقال الشافعي لا يجوز الا أن يكون عالما عدلا مأمونا قلت يشير اليه كلام القدوري ان أهلية الشهادة والاجتهاد من شروط صحة التولية ولكن الصحيح أن الاجتهاد ليس بشرط وفي العيون الاجتهاد شرط الجواز عند الثلاثة وقال الغزالي وابن هبيرة من أصحاب أحمد هذا قبل استقرار المذهب لا بعده وفي خزانة الفقه لابي الليث ويصلح للقضاء من اجتمع فيه ثمانية أشياء الموثوق في عقله ودينه وعفافه وصلاحه وعلمه ومعرفته بالسنن والآثار والتأويل وبسنن من مضى قبله من القضاة (ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) فلا تصح عقوده وفسوخه وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي وقيل الرائش أيضا وهو الذي يمشي بينهما وتؤخذ الرشوة على يده وينبغي أن تبشر قضاة هذا الزمان بهذا الوعيد ولا سيما قضاة مصر ومنهم من يتولى بالرشوة فاذا عوتب عليه يدعي أنه انما بذله صونا للمنصب عن وقوعه في أيدي الجهال والفساق والله لا يخفى عليه شيء (والفاسق يصلح مفتيا) لانه يجتهد حذرا عن النسبة الى الخطا (وقيل لا) يصلح لانه من أمور المسلمين وخبره غير مقبول في الديانات وهو الذي اختاره كثير من المتأخرين وقال صدر الاسلام البزدوي في أصوله أجمع العلماء والفقهاء على أن المفتي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد فانه لا يقدر أن يفتي الناس اذا لم يكن من أهل الاجتهاد فانه يحتاج الى الاجتهاد لا محالة وان لم يكن من أهل الاجتهاد لا يحل له أن يفتي الا بطريق الحكاية فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء ولا يحل له أن يفتي فيما لا يحفظ فيه قولا من أقوال المتقدمين (ولا ينبغي أن يكون القاضي فظا) اي جافيا (غليظا) أي شديدا في الكلام متفاحشا (جبارا) أي متكبرا مقبلا بغضب (عنيدا) أي معاندا عنيفا لان المقصود من القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد (وينبغي أن يكون موثوقا به) أي معتمدا عليه (في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة) وهي قول النبي عليه الصلاة والسلام وفعله (والآثار) التي وردت من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

(ووجوه الفقه) أى الطرق التى يستنبط الفقه منها والاصول التى ينبنى عليها (والاجتهاد) وهو بذل المجهود لنيل المقصود وهو أن يكون عالما بجميع ما فى الكتاب والسنة وهذا عزيمة والرخصة فى ذلك أن يكون بحال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التى تتعلق بها الاحكام فهذا (شرط الاولوية) وعن الثلاثة شرط الجواز وقال أكثر العلماء الاجتهاد أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها بطرقها ولا يشترط معرفة الفروع التى استخرجها المجتهدون بآرائهم وقيل يشترط مع هذا أن يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأبى حنيفة والشافعى وغيرهما من المجتهدين وقيل من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من أهل الاجتهاد وقيل لابد مع هذا من أن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام يبتنى عليها (والمفتى ينبغى أن يكون هكذا) يعنى فى العلم والامانة (وكره التقليد لمن خاف الحيف) أى الظلم والجور كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم (وان أمنه) أى الظلم (لا) يكره التقليد لان كبار الصحابة رضى الله عنهم والتابعين رحمهم الله تقلدوه وكفى بهم قدوة (ولا يسأله) أى القضاء لانه حينئذ يعتمد على نفسه فيعجز ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهمه (ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر) أى الظالم لان علماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه حينئذ وفى هذا الزمان لا يوجد السلطان العادل حتى قالوا من قال لسلطان هذا الزمان عدلت أو أنت عادل يكفر (و) يجوز أيضا (من أهل البغى) وهم الذين خرجوا من طاعة الامام لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية فى نوبة على رضى الله عنه وكان الحق بيد على رضى الله عنه وقد قال على رضى الله عنه اخواننا بغوا علينا وقال الامام أبو محمد الناصحى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف قاضى اهل البغى والخوارج اذا كان منهم فقضى بشئ ثم رفع الى قاض آخر من أهل العدل لم يجزه وأبطله لان الخوارج اذا خرجوا على أهل العدل بالسلاح فانهم يستحلون أموالهم فلا تجوز شهادتهم واذا لم تجز شهادتهم لم يجز قضاؤه فينقض وهذا قول ابراهيم النخعى ولا يعمل على كتابه أيضا لانه لا يجوز قضاؤه فلا يعمل على كتابه (فان تقلد) أحد القضاء (يسأل ديوان قاض قبله وهو) أى الديوان (الخرائط) جمع خريطة وهى الكيس (التى فيها السجلات) وهو جمع سجل بكسر السين والجيم وتشديد اللام وهو الصك قال الله تعالى كطى السجل للكتاب ومنه اسجال القاضى وتسجيله (والمحاضر) جمع محضر (وغيرهما) أى غير السجلات والمحاضر مثل الصكوك التى فيها الاقرارات أو قيم الاشياء أو نصب الاوصياء فى أموال اليتامى ونحو ذلك لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء وهذا لان القاضى يكتب نسختين احداهما فى يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى فى يد الخصم وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان فان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال فى وضعها فى يد القاضى الجديد وكذا اذا كان من مال الخصوم أو من مال القاضى فى الصحيح ويبعث عدلين من امنائه أو عدلا واحدا والاثنان أحوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول شيأ فشيأ فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه فى خريطة وما

كان

كان من نصب الاوصياء يجمعانه فى خريطة وما كان من نسخ قيماء الاوقاف يجمعانه فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعانه فى خريطة فاذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزا عن التغيير (ونظر) أى القاضى الجديد (فى حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا للمسلمين (فمن اقر) من المحبوسين (بحق او قامت عليه بينة) بذلك (الزمه) القاضى به (والا) أى وان لم يقر هو بشئ ولم تقم عليه بينة (نادى) منادمن جهة القاضى (عليه) أياما اذا جلس القاضى للحكم ويقول من كان يطلب فلان بن فلان الفلانى المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر أحد وادعى عليه بشئ يحكم بينهما والا يأخذ منه كفيلا ويطلقه (وعمل) القاضى (فى الودائع وغلات الوقف ببينة أو اقرار) عمن فى يده لان اقرار الاجنبى غير مقبول (ولم يعمل بقول) القاضى (المعزول) لانه بمنزلة الآحاد من الرعايا (الا أن يقر ذو اليد) أى الا أن يعترف الذى فى يده (انه) أى ان القاضى (سلمها اليه فيقبل قوله) أى قول المعزول (فيهما) أى فى الودائع وغلات الوقف لانه يثبت باقراره انه مودع القاضى ويد المودع كيده فصار كأنه فى يده فيقبل اقراره به الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقربه لغيره فيسلم الى المقرله الاول ويضمن المقرقيمته للقاضى باقراره الثانى والمسئلة على أربعة أوجه اما أن يقر بأنه سلمه اليه بعد ما أقر به لغيره أو ينكر التسليم فحكمهما ما ذكرناه أو يقر بأن المعزول سلمه اليه ثم يقربه لغيره فلا يقبل اقراره الثانى والرابع أن يقر بان القاضى سلمه اليه ثم يقول لا أدرى لمن هو فحكمه ظاهر (ويقضى القاضى (فى المسجد) وكذلك السلطان يجلس للحكم فى المسجد لانه عليه الصلاة والسلام كان يفصل الخصومات فى معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم فى المساجد ولانه أبعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وأبعد من التهمة فى حق القاضى فكان أولى فعلى هذا الجامع أولى وقال الشافعى يكره جلوسه فى المسجد (أو) يقضى (فى داره) لان الحكم عبادة فلا يختص بمكان ولا يمنع أحدا من الدخول فيه ولا بأس أن يكون نزله فى وسط البلدة رفقا بالناس ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة الا اذا كان عالما بالقضاء ويبعد عنه الاعوان لانه اهيب وقال الطحاوى فى مختصره ولا ينبغى له أن يقضى وهو يمشى أو يسير (ويرد) القاضى (هدية) لانها تشبه الرشوة فيتجنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم (الا) أن له أن لا يردها (من قريبه) وهو ذو الرحم المحرم لان فى ردها منهم قطيعة وهى حرام (أو ممن جرت عادته بذلك) لعدم التهمة حتى لو كانت لهما خصومة أو زادا على العادة يردها حينئذ لانه حينئذ لاجل القضاء فيكون من الغلول (و) يرد أيضا (دعوة خاصة) يعنى لا يحضرها وهى التى لا يتخذها صاحبها الا لاجله وقيل كل دعوة اتخذت فى غير العرس والختان فهى خاصة ولم يفصل فى الخاصة بين أن تكون من القريب أو من غيره وبين ما اذا جرت له عادة بها أو لم تجر وفى الكافى ولئن كان بين القاضى وبين المضيف قرابة يجيبه فى الدعوة الخاصة قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوى أن على قولهما لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب وفى النهاية وفرق ما بين الدعوة الخاصة والعامة قالوا ان كان خمسة نفر أو ستة نفر الى عشرة فهى دعوة خاصة فان جاوز العشرة فهى دعوة عامة والصحيح ان صاحب الدعوة ان كان بحال لو علم أن القاضى لا يحضر لا يمتنع من اتخاذ الدعوة يجيب القاضى هذه الدعوة فهذه دعوة عامة وان

Digitized by Google	Original from INDIANA UNIVERSITY

كان بحال لو علم أنه لو اتخذ الدعوة لايحضرها القاضي يمتنع ولا يتخذ الدعوة فهذه دعوة خاصة فلا يجيبها القاضي (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين فلا يمتنع عنها (ويسوى بينهما) أى بين الخصمين (جلوسا) أى من حيث الجلوس وسواء فى ذلك الكبير والصغير والاب والابن والخليفة والرعية والدنىء والشريف وفى هذا دليل على أن للقاضى أن يقضى على الملك الذى ولاه القضاء وهكذا فعل شريح رضى الله عنه مع على ومع خصمه الواحد من الرعية وعلى رضى الله عنه اذذاك خليفة (و) يسوى بينهما (اقبالا) أيضا أى من حيث الاقبال فلا يقبل على أحدهما دون الآخر ولا يقعد أحدهما عن اليمين والآخر عن اليسار لان فيه ترك التسوية (وليتق) أى وليجتنب القاضى (عن مسارة أحدهما) وهى أن يسار أحدهما لان فيه تهمة (و) عن (اشارته) الى أحدهما (و) عن (تلقين حجته) أى حجة أحدهما وعن أبى يوسف فى رواية والشافعى فى وجه لا بأس بتلقين الحجة (و) عن (ضيافته) أى ضيافة أحدهما (و) عن (المزاح) مطلقا معهما أو مع أحدهما أو مع غيرهما فى مجلس الحكم ولا بأس فى غيره بدون اكثار (و) ليتق أيضا (تلقين الشاهد) لان فيه اعانة لاحد الخصمين واستحسنه أبو يوسف فى غير موضع التهمة

(فصل) (واذا ثبت الحق للمدعى أمره) أى أمر القاضى المدعى عليه (بدفع ماعليه) الى المدعى (فان أبى) أى امتنع عن دفع ماعليه اليه (حبسه) القاضى (فى الثمن) أى فى ثمن المبيع (والقرض) الذى استقرضه منه وكل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده (و) فى (المهر المعجل و) فى (ما التزمه بالكفالة) وكل دين لزمه بعقد لانه بالاباء ظهر مطله ثم ان الشيخ لم يفصل بين ثبوت الحق ببينة أو باقرار وفصل بينهما فى الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقرار لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه باطلا فى أول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله والصواب أن لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعى ذلك حتى يسأله فان أقر أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه لظهور مطله وان أنكر المال وأقام المدعى بينة أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه وان عجز عن البينة ويدعى أن له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعى (لا) يحبسه القاضى (فى غيره) أى فى غير ما ذكر من الديون مثل اروش الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق (ان ادعى) المدعى عليه (الفقر) لانه متمسك بالاصل وهو الفقر (الا أن يثبت غريمه) وهو المدعى (غناه) أى بان له مالا (فيحبسه) أى فحينئذ يحبسه لظهور المطل وقدر الحبس (بما رأى) القاضى فيحبسه حتى يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة أو شهر اتفاقى وليس بتقدير حتما وعند بعض المالكية فى القليل لا يحبسه أكثر من نصف شهر وفى الكثير أربعة أشهر فقط (ثم يسأل) القاضى (عنه) أى عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما رآه (وان لم يظهر له مال) بأن قامت بينة على اعساره (خلاه) أى أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفى فى هذا والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول الشاهدان حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وحاله الضيقة وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية (ولم يحل)

اى

أى ولم يفرق (بينه) أى بين هذا المديون (وبين غرمائه) أى لا يمنعهم عن ملازمته عند أبى حنيفة وقالا يمنعهم لانه منتظر بانظار الله تعالى الى الميسرة وبه قال زفر والشافعى وأحمد وله أنه منتظر الى زمان قدرته على الايفاء وذلك يمكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه (ويرد) القاضى (البينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة على النفى فلا تقبل مالم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب وعن محمد أنها تقبل قبل الحبس وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية وبه كان يفتى الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة المشايخ على الاول (وبينة اليسار أحق) يعنى اذا أقام المدعى البينة على اليسار وأقام المدعى عليه على الاعسار كانت بينة اليسار أولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات (وأبد) القاضى (حبس الموسر) لانه جزاء الظالم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده فى الحبس (ويحبس الرجل لنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان (لا) يحبس الوالد (فى دين ولده) لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده (الا اذا أبى) اى امتنع (من الانفاق عليه) أى على ولده فانه حينئذ يحبس لانه بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الاترى أن له أن يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بقتله وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس ✽ ولا يحبس العبد بدين المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به ثم صفة الحبس أن يكون فى موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لجنازة ولو أعطى كفيلا ولا لمجىء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه ويوفى ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه ويخرج حينئذ لقرابة الولاد وفى رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض مرضا أضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج والا أخرج ولا يخرج للمعالجة وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته عليه ان كان فى السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لانه من فضول الحوائج ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذى يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس فى درهم ومادونه لان مانعه ظالم متعنت والله أعلم

✽ هذا (باب) ✽ فى بيان أحكام (كتاب القاضى الى القاضى وغيره) ✽

(ويكتب القاضى الى القاضى فى غير حد وقود) أى قصاص لما روى أن عليا رضى الله عنه أجاز ذلك لحاجة الناس اليه وهذا بالاجماع الا رواية عن مالك أنه يكتب فيهما أيضا وقوله فى غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا للمال والنسب من الحى والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذى يفتى به للضرورة وفى ظاهر الرواية لا يجوز فى المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق وعن

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

أبي يوسف أنه أجاز في العبد دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه (فان شهدوا) أي الشهود (على خصم) حاضر (حكم بالشهادة) لوجود الحجة ولحضور الخصم (وكتب بحكمه) حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتاب الحكم لانه قد تم لحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه (وهو) أي كتاب الحكم (المدعو سجلا) أي المسمى سجلا لانه سجله أي أحكمه بالحكم (والا) أي وان لم يكن الخصم حاضرا (لم يحكم) لان الحكم على الغائب لا يجوز ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فيلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له (وكتب) القاضي (الشهادة ليحكم) القاضي (المكتوب اليه بها) أي بهذه الشهادة (وهو الكتاب الحكمي) وليس بسجل (وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لانه لم يحكم بالشهادة وانما نقلها اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأيه رأي الكتاب بخلاف السجل فانه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لانه استحكم بالقضاء (وقرأ) القاضي الكاتب الشهادة (عليهم) أي على الشهود الذين يشهدهم عليه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من القراءة عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم (وختم) الكتاب (عندهم) أي عند الشهود (وسلم) الكتاب (اليهم) كيلا يتوهم التغيير ومن شرائطه أن يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وأبيه وجده حتى لو أخل بشيء منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على ظاهره لا يقبل وقيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعى عليه واسم المدعي على وجه يقع به التمييز ويذكر الحق ويذكر الشهود ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم (فان وصل) الكتاب (الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله) أي لم يقبل القاضي المكتوب اليه هذا الكتاب (بلا خصم ولا شهود) لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غائب لانه للنقل لا للحكم كما بينا (فان شهدوا) أي الشهود (أنه) أي أن الكتاب الذي وصل اليه (كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتح القاضي) المكتوب اليه (وقرأه على الخصم وألزمه) أي الخصم (ما فيه) أي ما في الكتاب هذا اذا ثبت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم أو يسأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم وعن الخصاف أنه لا يفضه الا بعد ظهور عدالتهم ولو قالت الشهود لم يسلمه الينا أو لم يقرأه علينا أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بأنه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه ان هذا قول أبي يوسف فانه عنده يقبله من غير بينة ومن يد المدعي أيضا اذا جاء به وحده وكذا سهل عند الاثبات فقال اذا شهدوا أنه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا فيها فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة أيام في ظاهر

الرواية

الرواية وعن أبي يوسف أنه لو كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد وعن محمد أنه يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد فكأنهما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر العجز وفي خزانة الفقه ويجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر (ويبطل الكتاب بموت) القاضي (الكاتب وعزله) يعني قبل وصوله الى القاضي الثاني أو بعده قبل أن يقرأه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فبموت الاصول قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب أو ارتد أو قذف فحد أو عمي وقال أبو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه يقضي به وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ولو مات القاضي الكاتب بعدما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضاء به بالقراءة فلا يبطل بالموت كالو مات الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها وفيه اختلاف زفر ويعقوب أنه لا يقضي به اذا مات قبل قضائه (وموت المكتوب اليه) بالجر أي ويبطل أيضا بموت القاضي المكتوب اليه (الا اذا كتب) القاضي الاول (بعد اسمه) أي بعد اسم القاضي المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه وقالت الثلاثة لا يبطل بموت المكتوب اليه وان لم يقل والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ويحكم القاضي الذي جاء بعده به ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في الامانة فصار نظير الامناء في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكان مكتوبا اليهم بخلاف ما اذا قال ابتداء والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز أن يحكم به أحد لان اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحدا حصل التعريف وأجاز أبو يوسف من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلي بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض آخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته ويجوز للقاضي المكتوب اليه ان يكتب كتابا الى قاض آخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا للمكتوب اليه ثانيا ان يكتب الى آخر الى ما لا يتناهى (لا) يبطل الكتاب (بموت الخصم) بالاجماع لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه (وتقضي المرأة في غير حد وقود) أي قصاص لان القضاء يستقى من الشهادة وشهادتها جائزة في غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها في غير الحدود وعن الشافعي لا يجوز ان تولى المرأة لقصور عقلها قلنا هي من أهل الشهادة فصارت كالرجل وقال الامام العتابي في شرح الجامع الكبير امرأة قلدت القضاء وقضت في الاموال صح لانها تصلح شاهدة في باب المال فتصلح قاضية ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض آخر يرى جوازه نفذ بالاجماع لان نفس القضاء مجتهد فيه فان شريحا كان يجوز شهادة النساء مع رجل في الحدود والقصاص وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ولو قضى القاضي في الحدود بشهادة رجل وامرأتين نفذ قضاؤه وليس لغيره ابطاله لانه قضى في فصل مجتهد فيه وليس نفس القضاء هنا مختلفا فيه (ولا يستخلف قاض) أي لا يجوز له الاستخلاف (الا ان يفوض) الخليفة (اليه) أي الى القاضي (ذلك)

أى الاستخلاف كالوكيل لا يوكل الا باذن أو تفويض ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فأجازه القاضى جاز اذا كان المستخلف أهلا للقضاء وان كان رقيقا أو محدودا فى قذف أو كافرا لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضى جاز ولو فوض اليه الامام أن يستخلف بأن قال له ول من شئت له أن يولى من شاء فيصير نائبا عن الامام فى التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته و ينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصى حيث يملك الايصاء الى غيره و يملك التوكيل والعزل فى حياته ولو فوض اليه الامام العزل بأن قال استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض (بخلاف المأمور بالجمعة) حيث يجوز أن يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم اذا أحدث قبل أن يشرع فى الجمعة لم يجز له أن يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يشهد الخطبة (واذا رفع اليه) أى الى القاضى (حكم قاض) آخر (أمضاه) أى أمضى القاضى الآخر حكم القاضى الاول (ان لم يخالف الكتاب) مثل متروك التسمية عامدا (والسنة المشهورة) مثل جواز حل المطلقة الثلاث وقيد بها احترازا عن الغريب (والاجماع) الذى ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعى مثل القضاء بجواز نكاح الجدة لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه وقالوا شرطه أن يكون عالما باختلاف العلماء حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثانى ذكره فى المحيط وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب وفى الغاية ونظير خلاف الاجماع ما اذا قضى بجواز بيع أم الولد كان للقاضى الثانى أن ينقضه كذا ذكره الخصاف لانه مخالف لاجماع التابعين وذكر الشيخ أبو بكر الرازى ان هذا مذهب محمد فاما مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ كذا ذكر الامام الناصحى قال شمس الائمة السرخسى وهذه المسئلة تبتنى على ان الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم أم لا فعند محمد يرفع وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يرفع وفى التقويم ان محمد بن الحسن روى عنهم جميعا ان القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وفى النوازل عن أبى يوسف أنه لا ينفذ القضاء (وينفذ القضاء بشهادة الزور فى العقود والفسوخ) كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب وفى الهبة والصدقة روايتان (ظاهرا) أى من حيث الظاهر بين الناس مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك (وباطنا) أى من حيث الباطن يعنى بينه وبين الله تعالى مثل ثبوت الملك والحل هذا عند أبى حنيفة والاصل فيه ان كل شئ قضى به القاضى فى الظاهر بالتحريم فهو فى الباطن كذلك عنده وكذا اذا قضى بالحلال وعندهما لا ينفذ الا ظاهرا لان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا وبه قالت الثلاثة وزفر وله قول على رضى الله عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولان القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيد المنازعة بينهما وقد عهدنا بنفوذ مثل ذلك فى الشرع ألا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا وأحدهما كاذب بيقين وصور المسائل فى العقود كثيرة منها اذا ادعى على امرأة نكاحا وهى تجحد وأقام عليها شاهدى زور وقضى القاضى بالنكاح بينهما حل للزوج وطؤها وحل

للمرأة التمكين منه عنده وعندهما لا يحل له ذلك وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها اذا قضى بالبيع بشهادة الزور وهو على وجهين أحدهما أن يكون الدعوى من جانب المشترى بأن ادّعى على غيره انك بعت منى هذه الجارية والآخر أن يكون من جانب البائع بأن قال انك اشتريت هذه الجارية منى فانه يحل للمشترى وطؤها فى الوجهين وكذلك فى الفسوخ كثيرة منها اذا ادّعى أحد المتعاقدين فسخ العقد وأقام بينة الزور وفسخ القاضى يحل للبائع وطء الجارية ومنها اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت بينة زور وقضى القاضى بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الوطء ظاهرا وباطنا (لا) ينفذ باطنا بشهادة الزور بالاجماع (فى الاملاك المرسلة) أى المطلقة وهى التى لم يذكر سببها معينا لانّ فى أسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض أولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس فى وسع البشر فتعين الالغاء بخلاف ما اذا ادّعى سببا معينا كالبيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوها (ولا يقضى) القاضى (على غائب) وقالت الثلاثة يجوز الحكم عليه لانه عليه الصلاة والسلام قضى لهند امرأة أبى سفيان بالنفقة وأبو سفيان غائب فقال لها خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه أحمد وأبو داود والترمذى بمعناه ولانّ القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولا حجة لهم فى حديث هند لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى أو اعانة لها على أخذ ماله ألا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة ويحتمل أن أبا سفيان كان حاضرا فى غير ذلك المجلس (الا أن يحضر من يقوم مقامه) أى مقام الغائب (كالوكيل) بانابته (والوصى) بانابة الشرع يعنى من جهة القاضى فحينئذ يجوز الحكم على الغائب لانهما يقومان مقامه فكأنه حاضر والحكم عليه وتقييد الوصى بانابة الشرع احتراز عن المسخر من جهة القاضى فانّ فيه اختلاف الروايتين كذا نقله صاحب الفصول عن المحيط والذخيرة وتفسير المسخر أن ينصب القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه وكذلك لو حضر رجل غيره عند القاضى ليسمع الخصومة عليه والقاضى يعلم انه مسخر ليس بخصم فالقاضى لا يسمع الخصومة عليه وانما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى فى بيته ولا يحضر مجلس الحكم بعد ما بعث أمناءه الى داره ونودى على باب داره (أو يكون ما يدّعى على الغائب سببا لما يدّعى على الحاضر) فحينئذ يجوز الحكم على الغائب أيضا وهو نوعان أحدهما أن يكون ما يدّعيه على الحاضر والغائب شيأ واحدا (كمن ادّعى عينا) مثلا دارا (فى يد غيره) وأنكر الغير وادّعى انها ملكه وأقام المدّعى البينة (انه اشتراه من فلان الغائب) تقبل بينته ويثبت الحكم على الحاضر والغائب حتى اذا حضر الغائب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة وكذا اذا ادعى فى دار فى يد غيره شفعة بأن ذا اليد اشتراها من فلان وقال ذو اليد الدار دارى لم اشترها من أحد فأقام المدّعى بينة أنه اشتراها من فلان الغائب تقبل بينته ويثبت الحكم على الحاضر والغائب وكذا اذا ادعى على شخص دينا على أنه كفيل عن الغائب بأمره فأقرّ الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدّعى البينة انّ له على الغائب ألف درهم تقبل بينته ويثبت الحكم على الغائب والحاضر والنوع الثانى أن يكون

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

مايدعيه عليهما شيئين مثل أن يدعى القاذف أنه عبد فلان فيجب عليه أربعون فأقام المقذوف البينة ان مولاه الغائب قد أعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا أو قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فأقام المدعى البينة ان مولاهما أعتقهما وهو يملكهما فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغائب لان الحقين كشئ واحد اذلا ينفك أحدهما عن الآخر لان ولاية الشهادة لاتنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك عن الاحرار ثم اذا كان مايدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغائب مثل أن تقول المرأة لزوجها انك علقت طلاقى بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا وأقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بأن قالت علقت طلاقى بدخول فلان الغائب الدار فأقامت بينة أنه دخل الدار تقبل لانه لاضرر عليه (ويقرض القاضى مال اليتيم) لانه يقدر على استخلاصه (ويكتب الصك) بالقرض ليحفظه لانه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه (لا) يقرض (الوصى والاب) مال اليتيم لانهما لا يقدران على استخلاصه فيضمنان بالاقراض قال شمس الائمة فى الاب روايتان أظهرهما أنه ليس له أن يقرض وهل يقرض لنفسه نقيل له ذلك وعن الحسن عن أبي حنيفة ليس له ذلك

هذا (باب) فى بيان أحكام (التحكيم)

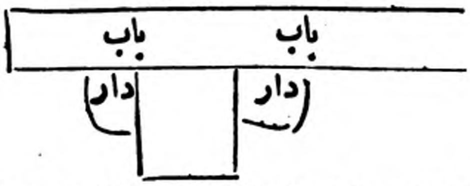
وهو مصدر من حكم بالتشديد اذا جعله حكما فتحتين (حكما) أى حكم الاثنان (رجلا) يعنى جعلاه حكما (ليحكم بينهما الحكم) أى المحكم بينهما (ببينة أو اقرار) من المدعى عليه (أو نكول عن اليمين (فى غير حد وقود) أى قصاص (ودية على العاقلة صح) حكمه (لو صلح المحكم) بتشديد الكاف وفتحها ان يكون (قاضيا) لانه بمنزلة القاضى فيما بينهما فيشترط فيه مايشترط فى القاضى حتى لو حكما كافرا أو عبدا أو محدودا فى قذف أو صبيا لا يجوز وان حكما فاسقا أو امرأة جاز كما فى القضاء وكذا الكافر فى حق الكافر لانه أهل للشهادة فى حقه وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة وانما قال فى غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته وكذا الاولاية لهما على العاقلة ولا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه وأجاز فى المحيط التحكيم فى القصاص لانه من حقوق العباد وقال ابو بكر الرازى فى القصاص ينبغى أن يجوز لان ولى المقتول لو استوفى القصاص من غير أن يرفع الى السلطان جاز كذلك اذا حكم فيه لانه من حقوق بنى آدم وقال شمس الائمة فى شرح أدب القاضى من أصحابنا من قال بجواز التحكيم فى القصاص وحد القذف لان الاستيفاء اليهما (ولكل) واحد (من المحكمين) بتشديد الكاف وكسرها (أن يرجع قبل حكمه) أى قبل حكم الحكم لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما (فان حكم) المحكم بينهما (لزمهما) أى المحكمين لان حكمه صدر عن ولاية شرعية كالقاضى اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا (و) اذا رفع حكمه الى القاضى (امضى القاضى حكمه) يعنى نفذه (ان وافق مذهبه) لانه لافائدة فى نقضه ثم فائدة هذا الامضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه (والا) أى وان لم يوافق

مذهبه

مذهبه (أبطله) لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع على ما مر وقال ابن أبي ليلى هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لاحد أن ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي ولو أخبر هذا المحكم باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية (ويبطل حكمه) أي حكم المحكم (لابويه وولده وزوجته) للتهمة (كحكم القاضي) لهؤلاء (بخلاف حكمه) أي حكم المحكم (عليهم) أي على ابويه وولده وزوجته لعدم التهمة كحكم القاضي على هؤلاء

هذه (مسائل شتى) أي متفرقة وهي جمع شتيت وهو المتفرق وهو هنا مرفوع على الوصفية للمسائل فاذا قلت جاء في القوم شتى يكون نصبا على الحال أي متفرقين (لا يتد) أي لا يدق وتدا من وتد يتد من باب ضرب يضرب وأصل يتد يوتد حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة كما في يعد أصله يوعد (ذو سفل) أي صاحب سفل (فيه) أي في السفل صورته ان يكون بيت وفوقه طبقة كل واحد لرجل فليس لصاحب السفل وهو البيت التحتاني ان يدق فيه وتدا (ولا ينقب كوة) بضم الكاف وتشديد الواو وهي الطاقة وفي الديوان بفتح الكاف وهي الروزن (بلا رضا ذي العلو) أي صاحب العلو وهو الطبقة عند أبي حنيفة وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو ان يبني على العلو بيتا أو يضع عليه جذوعا أو يحدث كنيفا قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة على معنى أنه لا يمنع الا ما فيه ضرر ومثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والحرمة عارضة وهو بالضرر لغيره وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو أن يبني السفل ان شاء ويبني عليه علوه ثم يرجع بقيمة البناء عليه ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البناء لانه مضطر في ذلك بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها أحدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكنه الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرناه ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون (زائغة) أي سكة من زاغت الشمس اذا مالت وتسمى المحلة والسكة زائغة لميلها من طرف الى طرف وفي تهذيب ديوان الادب الزائغة الطريق الذي حاد عن الطريق الاعظم وقوله (مستطيلة) صفتها أي طويلة من استطال بمعنى طال (يتشعب) أي يتفرع (عنها) أي عن الزائغة المستطيلة (مثلها) يعني مثل الزائغة زائغة أخرى طويلة ولكنه (غير نافذ) الى موضع آخر ولا له طريق غير طريق الزائغة المستطيلة (لا يفتح أهل) الزائغة (الاولى فيه) أي في الزائغة المتشعبة وتذكير الضمير باعتبار المثل (بابا) الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص ألا ترى انه

لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى بخلاف ما اذا كانت الزائغة المتشعبة نافذة لان الاستطراق حق العامة وهم من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لان له أن يرفع جداره كله بالهدم فأولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول ولكن هذا فيما اذا أراد بفتح الباب المرور فانه يمنع استحسانا واذا أراد به الاستضاءة أو الريح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقل فخر الاسلام عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى (بخلاف) الزائغة (المستديرة) يعني اذا كانت الزائغة الثانية المتشعبة مستديرة يجوز لاهل الزائغة المستطيلة فتح الباب لانها لما كانت مستديرة وهي التي فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا اذا كانت المستديرة غير نافذة أيضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور وهذه من مسائل الجامع الصغير وقال الفقيه أبو الليث بيانها اذا كانت سكة غير نافذة وفيها سكة أخرى عن يمينها أو عن شمالها ولرجل في السكة دار بابها الى السكة العظمى وبعض حوائطها الى السكة الاخرى التي في هذه السكة فأراد أن يفتح بابا في تلك السكة ليس له ذلك لان تلك السكة خاصة لاهلها ألا ترى انه لو بيعت دار في تلك السكة فالشفعة لهم خاصة دون أهل السكة العظمى فان أراد انسان من أهل تلك السكة أن يفتح بابا الى السكة العظمى له ذلك لان السكة للجميع وان كانت زائغة مستديرة يعني سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ عوجها رأس السكة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في تلك السكة في أي موضع شاء لانها سكة واحدة من أولها الى آخرها وهي بينهم بالشركة ألا ترى ان وجوب الشفعة لهم جميعا صورة الاولى



ذكر في الغاية ان الزائغة المتشعبة غير نافذة وكذا الزائغة الاولى أيضا غير نافذة كذا ذكر القرتاشي والفقيه أبو الليث كما ذكرنا حيث قال سكة طويلة غير نافذة وسكة أخرى عن يمينها أو شمالها غير نافذة ولكن في أكثر الكتب لم يقيد الاولى بكونها غير نافذة فلذلك صورتها غير نافذة صورة الثانية

اعلم ان للانسان أن يتصرف في ملكه ما شاء ما لم يضر بغيره ظاهرا فيجوز له أن يتخذ في داره حماما وعن أبي يوسف ان تأذى الجيران بدخانه فلهم منعه الا أن يكون دخانه مثل دخانهم وأن يتخذ حظيرة غنم وان تأذى الجيران من نتن السرقين وأن يحفر بئرا وان كان حائط جاره نزمنها وقيل ان كان يعلم يقينا أنه منه فله منعه ولا يجوز أن يبني تنورا للخبز الدائم كما في السوق أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين استحسانا ولو سقط حائط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

جاره أن يساعده فى البناء قال أصحابنا لا يجبر وقال الفقيه أبو الليث يجبر فى زماننا وقال قاضيخان ان كان الحائط يحتمل القسمة ويبنى كل واحد فى نصيبه السترة لا يجبر والا أجبر وقيل ان كان يقع بصره فى دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان يقع فى سطحه فلا يمنعه (ادّعى) رجل (دارا فى يد رجل انه) أى الرجل المدّعى عليه (وهبها) أى الدار (له) أى للمدعى (فى وقت فسئل) المدّعى (البينة فقال) المدّعى (جحدنيها) أى جحدنى المدّعى عليه الهبة (فاشتريتها) أى الدار منه (وبرهن) أى أقام بينة (على الشراء) منه (قبل الوقت الذى يدّعى فيه الهبة لا تقبل) بينته للتناقض لانه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر (و) لو برهن على الشراء (بعده) أى بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة (تقبل) بينته لانه يمكن التوفيق لان الشراء وجد بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة فلا يكون مناقضا ولو لم يقل جحدنى الهبة والمسئلتان بحالهما لا تقبل فى الاولى وتقبل فى الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولو لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لاحدهما ينبغى أن تقبل بينته لانه يمكن التوفيق بأن يجعل الشراء متأخرا (ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الامة فانكر) الآخر الشراء يجوز (للبائع ان يطأها) أى الجارية (ان ترك الخصومة) مع الآخر لانه لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه لانه رفع العقد من الاصل والجحود كذلك فكانت بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا ساعده البائع بترك الخصومة تم فسخ فحل له وطؤها وله ان يردها على بائعها بالعيب ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضى حتى اذا أقام المشترى بعد ذلك بينة انه اشتراها منه لا تقبل بينته (ومن أقر بقبض عشرة) دراهم من رجل (ثم ادعى انها زيوف صدق) سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا وكذا اذا ادّعى انها نبهرجة ولو ادّعى انها ستوقة لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على هذه الاشياء دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف أو النبهرجة جاز حتى فى الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد فيصدق فى انكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف ما اذا أقر انه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى حيث لا يصدق فى دعواه الزيوف لانه متناقض والزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل الزيوف هى المغشوشة والنبهرجة هى التى تضرب فى غير دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخى الستوقة ما كان عليه الصفرة أو النحاس هو الغالب (ومن قال لآخر لك على ألف) درهم (فرده) المقر له بأن قال ما كان لى عليك شىء أو قال بل هو لك أو لفلان (ثم صدقه) بأن قال بل كان لى عليك فى مكانه أو بعده (فلا شىء عليه) أى على المقر لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثانى دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم (ومن ادّعى على آخر مالا فقال) الآخر وهو المدعى عليه (ما كان لك على شىء قط فبرهن المدعى) أى أقام بينة (على ألف) أى على أن له عليه ألف درهم (وهو) أى والحال أن المدعى عليه (برهن) أى أقام بينة (على القضاء) أى على انه قضاه (أو) على (الابراء) اى أو على انه أبرأه (قبل) برهان المدعى عليه أى بينته وقال زفر لا يقبل لان القضاء والابراء يكون بعد الوجوب وقد أنكره فيكون متناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شىء فيثبت ظاهرا ثم

بقضى (ولو زاد) كلمة (ولا أعرفك) على ما ذكر بأن قال مالك على شئ قط ولا أعرفك (لا) تقبل بينة المدعى عليه على القضاء أو الابراء لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة فى دفع واخذ وقضاء واقتضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه وذكر صاحب النافع ولو قال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك لا تسمع دعواه ولو قال ليست لى حجة أو قال ليس لى حق لم تقبل منه الدعوى وذكر القدورى انه يقبل أيضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فأمكن التوفيق بهذا الطريق وفى النهاية فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وفى الكافى تقبل البينة على الابراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا فيمن قال لم أدفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعى بذلك فتقبل بينته لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار (ومن ادعى على آخر انه باعه امته) منه (فقال) الآخر (لم أبعها منك قط فبرهن) المدعى أى أقام بينة (على الشراء) منه (فوجد) المدعى المشترى (بها) أى بالجارية (عيبا) وأراد ردها عليه (فبرهن البائع انه) أى أن المشترى (برئ اليه من كل عيب) بها (لم تقبل) بينة البائع لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد اذ الصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد أنكره فيكون مناقضا وعن أبى يوسف انها تقبل لان التوفيق ممكن بأن لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وابرأه عن العيب فيكون صادقا بذلك (ويبطل الصك بان شاء الله) هذا نصف بيت من أبيات المنظومة وتمامه وأبطلا آخره لا الجملة أى يبطل صك الشراء أو الاقرار اذا كتب فى آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء والاقرار بذلك ولا يلزمه شئ لان الاستثناء مبطل ولو كتب فى آخر الصك فمن قام بهذا الحق فهو وكيل ان شاء الله أو كتب فما أدرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كله عند أبى حنيفة حتى يبطل الاقرار والشراء وقالا ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله اذ الاصل فى الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف الى ما يليه ضرورة وله أن الكل كشئ واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوفة بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله (وان مات ذمى فقالت زوجته أسلمت بعد موته وقالت الورثة) لا بل (أسلمت قبل موته فالقول لهم) أى للورثة وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث والاصل فيه أن يضاف الى أقرب أوقاته وهو ما بعد الموت فيضاف اليه قلنا سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحون (وان قال المودع) بفتح الدال (هذا ابن مودعى) بكسر الدال (لا وارث له) أى المودع (غيره) أى غير هذا الابن (دفع) أى المودع (المال اليه) أى الى الابن لاقراره بأن ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما اذا أقر انه ملك المورث وهو حى أصالة بخلاف ما اذا أقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض أو انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع فى العين بازالة اليد عن يده لان يد المودع كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف المدين اذا أقر انه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بخالص حقه واختلف فى اللقطة اذا أقر الملتقط انها لفلان هل يؤمر بالدفع اليه

ولو

ولو ادعى أنه وصى الميت فصدقه مودع الميت او غاصبه او وصيه لا يأمر بالدفع اليه (وان قال
مودع الميت (لآخر) أى لرجل آخر بعد ما أقر للاول (هذا) وأشار الى شخص (ابنه أيضا
وكذبه) الابن (الاول قضى) بالمال (للاول) أى للابن الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن
المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح (ميراث قسم بين الغرماء) أى أصحاب الديون
(لا يكفل منهم) أى لا يؤخذ منهم كفيل (ولا من وارث) عند أبى حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل
منهم لانه يحتمل أن يكون له وارث أو غريم غائب وله ان حق الحاضر ثابت قطعا فلا يؤخر لاجل
الموهوم الى أن يعطى الكفيل والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود
لا نعلم له وارثا غيرهم وأما اذا ثبت بالاقرار يؤخذ كفيل بالاتفاق وان قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم
لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق (ولو ادعى) شخص (دارا ارثا) أى موروثة (لنفسه ولاخ له غائب
وبرهن عليه) أى أقام بينة على ذلك (اخذ) المدعى (نصف المدعى) بفتح العين وهو النصف الذى
هو نصيب الحاضر (فقط) يعنى لا يأخذ نصيب الغائب بل يترك فى يد ذى اليد ولا يستوثق من
ذى اليد بكفيل عند أبى حنيفة وقالا ان كان الذى هو فى يده جاحدا أخذ منه وجعل فى يد أمين
وان لم يجحد ترك فى يده لان الجاحد خائن فلا يترك فى يده وله ان الحاضر ليس بخصم عن الغائب
فى استيفاء نصيبه وليس للقاضى أن يتعرض لودائع الناس ولا لغيرها حتى يأخذها من أيدى
من هى عنده فصار نظير ما لو عرف القاضى ملكا لانسان ثم رآه فى يد غيره فانه لا يأخذه منه
ولا يتعرض له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا (ومن قال مالى أو ما أملك فى المساكين صدقة فهو) أى
قوله هذا يقع (على مال الزكاة) وقال زفر يلزمه التصدق بالكل لان اسم المال يتناول الكل
وقال الشعبى لا يلزمه شئ وقال مالك وأحمد يجب عليه اخراج الثلث كالوصية وقال الشافعى
ان علقه بشرط المنع كان يمينا فاذا حنث فعليه كفارة ولنا انه يعتبر بايجاب الله تعالى قال الله
تعالى خذ من أموالهم صدقة فيتصدق بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة
العشرية والارض العشرية ولا يتصدق بغير ذلك من الاموال لانها ليست بأموال الزكاة
(ولو أوصى بثلث ماله فهو) أى ايصاؤه يقع (على كل شئ) بلا خلاف لانها أخت الميراث والميراث
يجرى فى الكل فكذا هى (ومن أوصى اليه) على صيغة المجهول (ولم يعلم بالوصية فهو وصى)
حتى لو باع شيأ من التركة قبل العلم بها جاز البيع وعن أبى يوسف لا يجوز حتى يعلم كما فى الوكالة
ولهما انه خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث
(بخلاف الوكيل) بأن وكله شخص ولم يعلم بها لا يكون وكيلا حتى لو باع من مال الموكل شيأ قبل
العلم بالوكالة ثم علم لم يجز لان الوكالة لاثبات ولاية التصرف فى ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية
الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية (ومن اعلم بالوكالة) بأن وكله رجل وهو لا يعلم فاعلمه
واحد من الناس كان وكيلا فلذا (صح تصرفه) سواء أخبره بذلك عدل أو غير عدل صغيرا
كان أو كبيرا لانه من المعاملات وليس فيه الزام وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام ولا
يشترط فيه الا التمييز (ولا يثبت عزله) أى عزل الوكيل عن الوكالة (الا بعدل) أى بخبر عدل
واحد (او) خبر اثنين (مستورين) عند أبى حنيفة وعندهما لا يشترط الا التمييز فى المخبر
لانهما من العلامات وله ان فيها الزاما من وجه فيشترط فيه أحد شرطى الشهادة اما العدد وأما

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

العدالة وبيان الالزام ان الوكيل تلزمه العهدة على تقدير ان يتصرف (كالاخبار للسيد) أى كما أنه يشترط العدد أو العدالة فى الاخبار للسيد أى لمولى العبد (بجناية عبده) عند أبى حنيفة خلافا لهما حتى اذا أخبره واحد غير عدل فاعتق عبده لا يلزمه الارش عنده والدليل ما مرّ وبيان الالزام فيه ان السيد على تقدير التصرف فى العبد بالعتق وغيره يلزمه الارش (و) كالاخبار (للشفيع) يشترط فيه أيضا العدد أو العدالة عنده خلافا لهما حتى اذا أخبره واحد غير عدل وسكت لا تبطل شفعته عنده وبيان الالزام فيه انه يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته (و) كالاخبار للانثى (البكر) يشترط فيه أيضا العدد أو العدالة خلافا لهما حتى اذا أخبرها واحد غير عدل بنكاحها فسكتت لا يكون رضا عنده خلافا لهما وبيان الالزام فيه انه يلزمها النكاح على تقدير السكوت (و) كالاخبار للشخص (المسلم الذى) أسلم فى دار الحرب ولكنه (لم يهاجر) الى دار الاسلام يشترط فيه العدد أو العدالة خلافا لهما حتى اذا أخبره واحد غير عدل بوجوب الشرائع لا يلزمه عنده خلافا لهما والاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره كما فى الرسول لا يشترط العدالة كالبكر اذا أخبرها رسول الولى بالتزويج (ولو باع القاضى أو أمينه عبدا) لرجل (للغرماء) أى لاجل ديونهم (واخذ) القاضى أو أمينه (المال) أى الثمن (فضاع) عند القاضى أو أمينه (واستحق العبد) ونزع من يد المشترى (لم يضمن) القاضى أو أمينه الثمن للمشترى لان أمين القاضى قائم مقامه والقاضى قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه يؤدى الى تباعدهم عن قبول الامانة فتتعطل مصالح الناس (ورجع المشترى) أى مشترى العبد المذكور (على الغرماء) لان البيع واقع لهم فيكون عهدته عليهم (وان أمر القاضى الوصى ببيعه) أى بيع العبد (لهم) أى لاجل الغرماء (فاستحق العبد) (او مات قبل القبض) من الوصى (فضاع المال) أى الثمن (رجع المشترى على الوصى) لانه هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وكذا الوصى الذى نصبه القاضى لانه نصبه ليكون قائما مقام الميت (وهو) أى الوصى يرجع (على الغرماء) لانه عامل لهم وقيل لا يرجع عليهم لان الضمان وجب عليه بفعله والاول أصح لما ذكرنا (ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا) وأشار الى شخص (بالرجم او بالقطع) أى بقطع يده فى السرقة (او بالضرب) فى حد (فافعله) أى ارجمه أو اقطعه أو اضربه (وسعك فعله) ولا تلام عليه عند الله تعالى لان طاعة أولى الامر واجبة قيدهنا بالعدل والعالم وفى الجامع الصغير لم يقيد بهما وهو الظاهر ورجع محمد عن هذا فقال لا يأخذ بقوله الا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا لفساد أكثر قضاة أهل زماننا ولا سيما فى قضاة هذه البلاد الذين يتولون بالرشوة وهم فى أنفسهم جهلاء وأكثرهم فسقة (وان قال قاض عزل) عن القضاء (لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها الى زيد قضيت به) أى بالالف حقا (عليك فقال الرجل أخذته ظلما) أى بطريق الظلم (فالقول للقاضى) لان المقضى عليه لما أقر انه فعله فى حال قضائه صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضى فجعل القول قوله وليس عليه يمين لانه ثبت انه فعل ذلك فى حال قضائه بتصادقهما (وكذا) القول للقاضى ولا يمين عليه (لو قال قضيت بقطع يدك فى حق) وقال المقضى عليه بل قطعتها ظلما لما ذكرنا ولكن الشرط فى الصورتين أن يعترف المقضى عليه

ان

ان القاضي فعله في حالة القضاء أشار اليه بقوله (اذا كان المقطوع يده) في المسئلة الثانية (والمأخوذ منه المال) في المسئلة الاولى (مقرا) وانتصابه على انه خبر كان (انه) اى أن القاضي (فعله) اى فعل هذا الفعل وهو الحكم بالمال في المسئلة الاولى وبقطع اليد في الثانية (و) الحال انه (هو قاض) في ذلك الوقت فعلم من هذا أن المقطوع يده أو المأخوذ ماله اذا زعم انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل كان القول قول المدعى نص عليه شمس الائمة السرخسي وقال صاحب الهداية القول للقاضي أيضا هو الصحيح لانه استند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون كان معهودا منه

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الشهادة)

ومعناها الحضور قال عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة أى حضرها والشاهد أيضا يحضر القاضي ومجلس الواقعة وفي الشرع ماذكره الشيخ بقوله (وهى) أى الشهادة (اخبار) بحق لشخص على غيره (عن مشاهدة) القضية التي يشهد بها بالتحقيق (و) عن (عيان) أى معاينة لتلك القضية والاشارة اليه بقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ثم أكد معنى الشهادة بقوله (لا عن تخمين) وهو القول بالحدس قاله الجوهري وهو مصدر خمن بالتشديد ومادته خاء معجمة وميم ونون والتخمين والحدس في الاخبار لا يفيد التحقيق والتيقن فلا يجوز الشهادة به وأكد معنى العيان بقوله (و) لا عن (حسبان) بكسر الحاء من حسبته كذا أحسبه بالفتح محسبة ومحسبة وحسبانا أى ظننته ويقال أحسبه بالكسر شاذ وأما حسبان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر ينصر اذا عد وجعل الشارح هذا معنى لغويا للشهادة ثم قال وهى في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة وليس كذلك لان معناها اللغوي الحضور كما ذكرنا وهذا معناه الاصطلاحي وقوله اخبار عن مشاهدة وعيان هو اخبار بصدق وأما كونه في مجلس القضاء فليس من تمام الحد وانما هو من شروط الشهادة وشرط الشئ خارج عن ذاته كما عرف (وتلزم) الشهادة أى أداؤها (بطلب المدعى) لانه حقه فيتوقف على طلبه فاذا طلب لا يسع كتمانها لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ثم انما يأثم اذا علم أن القاضي يقبل شهادته وان علم انه لا يقبل أو كان هو ثالثا أو رابعا وأدى غيره ولم يؤد هو لا يأثم لظهور الحق بغيره وهذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو الى القاضي لادائها ويرجع الى أهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه بذلك ضرر وقال الله تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان شيخا كبيرا لا يقدر على المشى الى مجلس القاضي وليس له شئ للركوب فأركبه المدعى من عنده لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام وان كان يقدر وأركبه من عنده لا تقبل (وسترها) أى ستر الشهادة وكتمانها (في) أبواب (الحدود أحب) من الاظهار لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه في حقوق العباد (ويقول) الشاهد (في السرقة أخذ) فلان الشئ الفلاني (لا) يقول (سرق) لان الحق يثبت بقوله أخذ وهو

المقصود وامتناعه من لفظ سرق محافظة على المندوب اليه في الستر (وشرط للزنا) أي لاثباته (أربعة رجال) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم واشتراط الاربع مع وصف الذكورة يحقق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق (و) شرط (لبقية الحدود) وهي حد القذف وحد الشرب وحد السرقة (والقصاص رجلان) لحديث الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لاشهادة للنساء في الحدود (و) شرط (للولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لايطلع عليه رجل امرأة) فرجل مرفوع بقوله لايطلع وامرأة مرفوع بقولنا وشرط المقدر وعند الشافعي لابد في ذلك من شهادة أربع نسوة لان الشهادة المطلقة بشهادة رجلين والمثنى منهن بمنزلة واحد وعند مالك وأحمد في رواية يشترط ثنتان لان الواحدة في هذا الباب كالرجل فيشترط فيه العدد كالرجال وبه قال ابن أبي ليلى قلنا ان هذا خبر وليس بشهادة ولهذا لايشترط لفظة الشهادة وخبر الواحد في الديانات مقبول وأما شهادتهن في استهلال الصبي لاتقبل في حق الارث عند أبي حنيفة لانه مما يطلع عليه الرجال وتقبل في حق الصلاة عليه وعندهما تقبل وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا ثم اختلفوا فيما اذا قال تعمدت النظر قال بعضهم تقبل كما في الزنا (و) شرط (لغيرها) أي لغير الحدود والقصاص ومالايطلع عليه الرجال (رجلان أو رجل وامرأتان) سواء كان ذلك الحق مالا أو غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعي لاتقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولكن في الاموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليها وبه قال مالك وأحمد ولنا ماروى أن عمر وعليا رضي الله عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة والاصل قبول شهادتهن لوجود مايبتنى عليه أهلية الشهادة وهي المشاهدة والضبط والاداء ومايعرض لهن من قلة الضبط فهو مجبور بضم الاخرى اليها (و) شرط (للكل) أي لجميع مراتب الشهادة وهي أربع مراتب على مامر (لفظ الشهادة) حتى تقبل حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لاتقبل شهادته لان النصوص ناطقة بلفظ الشهادة فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة توكيد لانها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها والعراقيون لايشترطون لفظ الشهادة في شهادة النساء فيما لايطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لامن باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة (و) شرط للكل أيضا (العدالة) لانها هي المعينة للصدق قال الله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لاشرط أهلية الشهادة اذ الفاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون أهلا للشهادة الا أن فسقه أوجب التوقف في خبره لتهمته وعن أبي يوسف انه اذا كان وجيها في الناس ذا مروأة تقبل شهادته (ويسئل) على صيغة المجهول أي يسأل القاضي (عن الشهود سرا) أي في سر (و) في (علانية في) سائر (الحقوق) عندهما وقال أبو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سأل عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية وان لم

يطعن

يطعن الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا المحدود فى القذف ومثل ذلك عن عمر رضى الله عنه ولهما ان القضاء يبتنى على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول وقيل هذا اختلاف زمان لا برهان فان عصر الامام كان من العصر المشهود لها بالعدالة سرا وعلانية وعصرهما فى القرن الرابع بعد ما تغير أحوال الناس وظهرت الخيانات والكذب والفتوى اليوم على قولهما وهو قول الشافعى وأحمد وعند مالك لا يسأل فيمن كان مشهورا بالعدالة ثم التعديل فى السر أن يبعث المستورة وهى الرقعة التى فيها أسماء الشهود سميت مستورة لانها تخفى الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذى يصلى فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسأل عن جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله أعلم الا اذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضى بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذى ولا بد فى التعديل فى العلانية من أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفى شبهة تعديل غيره عن القاضى لاحتمال أن يكون فى قبيلته من يوافقه فى الاسم وقد كانت العلانية فى الصدر الاول لان الشوكة كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم أهل الشر ويكتفى بالسر فى زماننا وقال محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود فى قذف اذا تاب يكون عدلا والاصح أنه يكتفى بقوله هو عدل (وتعديل الخصم) يعنى تعديل المدعى عليه الشهود (لا يصح) هكذا قال أبو حنيفة ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود وأما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عنهم ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع ذلك فرع عليها فروعا على قول من يرى وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب فى الجحود فتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن أبى يوسف ومحمد ان تزكيته تجوز اذا كان من أهله بان كان عدلا لكن عند محمد لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وأبو يوسف يجوزه والمراد به فيما اذا قال هم عدول لكنهم أخطؤا أو نسوا اما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد لزمه الحق لاقراره به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا يتوهم منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا أن يكون كلامه صوابا (والواحد يكفى للتزكية) أى لتزكية الشاهد (والرسالة) أراد بها رسول القاضى الى المزكى (والترجمة) أراد بها المترجم عن الشهود لانها خبر وليست بشهادة حقيقة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة فاذا يجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود فى القذف اذا تاب وكذلك يجوز كون واحد من هؤلاء رسولا أو مترجما وفى المحيط أجاز تزكية الصبى وكذا تزكية من لا تقبل شهادته له كتزكية أحد الزوجين للآخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس وقال محمد يشترط فى التزكية ما يشترط فى الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط فى تزكية شهود الزنا أربعة ذكور وفى غيره من الحدود والقصاص رجلان وفى غيرهما من الحقوق يجوز رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة رتبها على مراتب الشهادة لانها كالشهادة وبه قالت الثلاثة الا رواية عن أحمد وقالوا يشترط الذكورة وعدد الشهادة فى تزكية

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

شهود الحد بالاجماع والاحوط فى الكل اثنان وهذا كله فى تزكية السر وأما فى تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها أظهر فانها تختص بمجلس القضاء (وله) أى وللانسان (ان يشهد بما سمع) من الاقوال (او رأى) من الافعال (كالبيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد) أى وان لم يشهده أحد من أصحاب تلك العقود والحقوق والحاكم (عليه) أى على ما صدر من القول أو الفعل بل يجب عليه اذا دعى اليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويقول أشهد انه باع وأقر وحكم وغصب وقتل لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به ولا يقول أشهدنى الا اذا أشهده كيلا يكون كاذبا ولو سمع من وراء الحجاب اقرار شخص لا يسعه أن يشهد لاحتمال أن يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان فى الداخل وحده ودخل الشاهد وعلم أنه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس به مسلك غيره فيسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغى للقاضى اذا فسر له أن لا يقبله ألا ترى ان الشهادة بالتسامع تجوز فى أشياء ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز أن يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار وفى النوازل شرط رؤية شخصها دون وجهها (ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) أى ما لم يقل له الشاهد اشهد على شهادتى لان الشهادة ليست موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بعد النقل الى مجلس القضاء فيشترط فيها التحمل فلم يوجد فلا يجوز وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع له أن يشهد لانه لم يحمله وانما حمل غيره (ولا يعمل شاهد) أى لا يشهد شاهد بخطه اذا رآه فى الكتاب حتى يتذكر الشهادة (و) لا (قاض) كذلك اذا وجد فى ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك أو فى قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة حتى يتذكر القضية (و) لا (راو) الحديث كذلك اذا وجد مكتوبا بخطه أو بخط غيره وهو معروف انه قرأه على فلان ونحوه أن يروى حتى يتذكر الرواية وقوله (بالخط) يرجع الى الكل كما ذكرنا (ان لم يتذكروا) أى هؤلاء أى الشاهدان لم يتذكر الشهادة والقاضى ان لم يتذكر القضية والراوى ان لم يتذكر الرواية وهذا كله قول أبى حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط أن يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لانه يحتمل التزوير وقال محمد يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال أبو يوسف يجوز للراوى أن يعمل به لدلالة الظاهر وكذا للقاضى أن يحكم بالشهادة وان يمضى القضاء بذلك وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة بخلاف القاضى لان سجله فى قمطره وهو فى يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكتابة الرواة بأيديهم فيؤمن من التزوير بخلاف كتابة الشهود لان الصك فى أيدى الخصوم فلا يؤمن من التبديل (ولا يشهد أحد بما لم يعاينه) بالاجماع (الا النسب) بأن فلانا ابن فلان أو أخوه (والموت) بأن فلانا قد مات (والنكاح) بأن فلانا تزوج بفلانة (والدخول) بأن فلانا تزوج بفلانة ودخل بها (وولاية القاضى) بأن فلانا قد تولى القضاء من جهة فلان الامام (وأصل الوقف) بأن فلانا وقف

هذه

هذه الضيعة مثلا واحترز بقوله أصل الوقف من شرائطه لان أصله هو الذى يشتهر دون شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغينانى انه لابد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو الفقير أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا فى شهادتهم الجهة لاتقبل شهادتهم ثم الشاهد بهذه الاشياء انما تجوز شهادته اذا حصل له العلم بها اما بالتواتر أو باخبار رجلين أو رجل وامرأتين أو باخبار من يثق به وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة لانه قد يتحقق فى موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره وعند الثلاثة لابد من عدلين والقياس أن لاتجوز لانها بلا علم ولا مشاهدة وجه الاستحسان ان هذه الامور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون والاعصار ولو لم يقبل فيها بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام ثم ان التنصيص على الاشياء الستة ينفى اعتبار التسامع فى غيرها وعن أبى يوسف أنه يجوز فى الولاء أيضا اعتبارا بالنسب (فله) أى فللشاهد (أن يشهد بها) أى بهذه الاشياء الستة (اذا أخبره بها) أى بهذه الاشياء (من يثق) الشاهد (به) وهذا الذى ذكره القدورى واختصر عليه الشيخ وقد ذكرناه الآن (ومن فى يده شئ) أى شئ كان من النقود والعروض والعقار (سوى الرقيق) ذكرا كان أو أنثى (لك ان تشهد أنه) أى ان ذلك الشئ (له) أى لمن فى يده لان اليد بلا منازع أقصى ما يستدل به على الملك وعن أبى يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه له ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن ولهذا قيل لو رأى درة ثمينة فى يد كناس أو كتابا فى يد جاهل وليس فى آبائه من هو أهل لذلك لايسعه أن يشهد له واشترط الخصاف التصرف مع اليد وبه قال الشافعى وأحمد قيل هو المختار وعن مالك فى مدة يسيرة لاتقبل لا طويلة كعشر سنين وشرط النسفى التصرف مع اليد وان يقع فى قلبه انه له ثم المسئلة على أربعة أوجه الاول أن يعاين المالك بأن عرفه باسمه ونسبه ووجهه ويعاين الملك بان عرفه بحدوده ورآه فى يده بلا منازعة أحد ثم رآه فى يد غيره بعده جاز له أن يشهد بالملك للاول اذا ادعاه بناء على يده والثانى أن يعاين الملك بحدوده فنسب الى فلان بن فلان الفلانى ولم يعرفه بوجهه ونسبه فجاء فادعى أن المحدود ملكه حل له أن يشهد استحسانا لان المالك يصير معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاعت حقوق الناس لان فيهم المحجوب ولا يبرز أصلا ولا يتصور أن يراه متصرفا فيه فان قلت هذا اثبات الملك بالتسامع قلت لا انما هو اثبات النسب به وفى ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا والثالث أن لا يعاينهما جميعا ولكن سمع من الناس انهم قالوا ان لفلان بن فلان ضيعة فى بلدة كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لايحل له أن يشهد له بالملك والرابع أن يعاين المالك دون الملك لايسعه أن يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة وقوله سوى الرقيق يعنى لايجوز له أن يشهد فى الرقيق اذا رآه فى يده أنه ملكه لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى أنه حر الاصل كان القول قوله ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لان الحر يستخدم أيضا طائعا كالعبد وفى الكافى عن أبى يوسف ومحمد انه يجوز له أن يشهد فى الرقيق أيضا وفى الهداية جعل ذلك عن أبى حنيفة وفيه قيدان أخل بهما الشيخ رحمه الله الاول أن لايكون الرقيق صغيرا لانه اذا كان صغيرا يجوز له أن يشهد لمن هو فى يده

أنه ملكه والثانى أن لا يعرف رقه لانه اذا عرف رقه جازت الشهادة (وان فسر) الشاهد (للقاضى أنه شهد بالتسامع) فى موضع يجوز بالتسامع (أو) فسر للقاضى أنه شهد له بالملك (بمعاينة اليد) يعنى برؤيته فى يده (لا تقبل) لان القاضى لا يزيده علما بذلك فلا يجوز له أن يحكم الا ترى أنه لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته نفسه فى يد انسان (ومن شهد انه حضر دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة) لموت فلان (حتى لو فسر) ذلك (للقاضى قبل) تفسيره فتقبل شهادته لان ذلك يزيد القاضى علما وهو لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (من تقبل شهادته ومن لا تقبل) شهادته

(ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر تقبل فيما يجرى فيه التسامع وهو رواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه وبه قالت الثلاثة لان الحاجة فى هذه الشهادة الى سمعه وهو صحيح لا آفة به وعن مالك يجوز مطلقا كالبصير وقال أبو يوسف اذا تحمل الشهادة فى الديون أو فى العقار فيما لا يحتاج فيه الى الاشارة الى المدعى ثم ذهب بصره فشهد قبلت شهادته وبه قال الشافعى لانه حصل له العلم بالعيان وقت التحمل ولهما ان الاداء يفتقر الى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه ولا تمييز بينهما الا بالنغمة وفيه شبهة فلا بد من الاشارة وانه يتعذر فيه فلا تقبل (و) لا تقبل أيضا شهادة (المملوك والصبى) لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما على انفسهما فأولى أن لا يكون لهما الولاية لغيره وعن احمد تجوز شهادة المملوك وعن الخرقى تجوز شهادة العبد فى كل شئ الا فى الحدود وفى الفتاوى الصغرى شهادة الصبى فيما لا يحضره الا الصبيان تقبل عند مالك وقال شريح تقبل شهادة العبد وبه قال داود وقال البخارى فى صحيحه وقال الحسن شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه شريح وزرارة بن أوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده وأجازه الحسن وابراهيم فى الشئ التافه (الا ان يتحملا) أى المملوك والصبى الشهادة (فى الرق) يرجع الى المملوك (والصغر) يرجع الى الصبى (وأديا) الشهادة (بعد الحرية) فى المملوك (و) بعد (البلوغ) فى الصبى لانهما أهل للتحمل (و) لا تقبل أيضا شهادة (المحدود فى قذف وان تاب) وقال الشافعى تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا وحكم المستثنى بخلاف المستثنى منه وبه قال مالك وعثمان البتى ولنا قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا فيتأبد الرد والمستثنى صفة الفسق فى قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون والواو فيه للاستئناف لا العطف فيكون منقطعا عن الاول فينصرف الاستثناء اليه ضرورة فان قيل كيف ينصرف الاستثناء الى ما يليه والاصل فى الاستثناء هو المتصل وهو أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والتوبة ليست من جنس الفسق قلنا الاستثناء من عموم الاحوال كأنه قال والله أعلم وأولئك هم الفاسقون فى جميع الاحوال الا فى حال التوبة فيكون الاستثناء متصلا أو نقول الاستثناء منقطع بمعنى لكن كقوله تعالى فانهم عدو لى الا رب العالمين فلا يرد السؤال (الا أن يحد الكافر فى قذف ثم اسلم) تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد بخلاف العبد اذا حد ثم عتق حيث لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق ولو ضرب

قوله وزرارة بن أوفى هكذا فى نسخة وفى أخرى وورد أنه ابن أوفى فليحرر اه

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

الذمى فى حد القذف سوطا ثم أسلم ثم ضرب الباقى بعد الاسلام تقبل شهادته وعن أبى حنيفة اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته وعنه اذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل وفى المبسوط لا تسقط شهادة القاذف مالم يضرب تمام الحد وروى عنه انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروى عنه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته (و) لا تقبل أيضا شهادة (الولد لابويه) أى لابيه وأمه (وجديه) جده من أب وجده من أم (وعكسه) أى وعكس الحكم المذكور وهو شهادة الابوين والجدين للولد وارتفاع عكسه على انه مبتدأ محذوف خبره أى عكس الحكم المذكور كالحكم المذكور لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولو قال والفرع لاصله وبالعكس أو الولد لآبائه وأمهاته كان أولى وأعم فافهم (و) لا تقبل أيضا شهادة (أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعى تقبل لانه عدل شهد للغير ولنا ما روينا (و) لا شهادة (السيد لعبده) لما روينا سواء كان على العبد دين أولم يكن (و) لا شهادة السيد أيضا لاجل (مكاتبه و) لا شهادة (الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه ولو شهد له فيما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (و) لا تقبل أيضا شهادة (المخنث) وهو الذى يتشبه بالنساء ويؤتى لانه فاسق وأما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشىء من الافعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة (و) لا شهادة (النائحة) التى تنوح فى مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل الطمع فى المال وتجعله مكسبة أما التى تنوح فى مصيبتها فلا تسقط عدالتها كذا فى الذخيرة (و) لا شهادة (المغنية) لارتكابها المحرم وانما أطلق فى حقها ولم يقل تغنى للناس وقيد به فى حقه لان نفس رفع الصوت حرام فى حقها بخلاف الرجل فانه لا يمنع شهادته حتى يجتمع الناس به لانه حينئذ يجمعهم على ارتكاب كبيرة وفى الاجناس لا تقبل شهادة أصحاب المعصية وقطاع الطريق وأصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يقعد مع الغناء والنائح والنائحة والمغنى والمغنية لا تقبل شهادة هؤلاء (و) لا شهادة (العدو) لعدوه (اذا كانت العداوة دنيوية) لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه وأما اذا كانت دينية فتقبل لانها من التدين (و) لا شهادة (مدمن الشرب) أى مداوم شرب الخمر (على اللهو) لانه مرتكب محرم دينه وفى الكافى انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من أن يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان ذلك يظهر منه أو يخرج سكران فيلعب به الصبيان فانه لا مروءة لمثله ولا يتحرز عن الكذب عادة وفى فتاوى قاضيخان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة وفى الذخيرة ولا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان فى الشرب وانما أراد به الادمان فى النية يعنى يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا يجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم فى سائر الاشربة السكر بشرط الادمان على السكر والمحرم فى الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب وقال الناصحى لا تقبل شهادة من يجالس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر

لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يوجب سقوط عدالته وان لم يكن نفس الجلوس فسقا فلا تقبل شهادته (و) لا شهادة (من يلعب بالطيور) لانه يورث الغفلة والغالب فيه ان يصعد الى السطوح فيطير طيره فينظر الى عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتنى الحمام فى بيته ليستأنس به ولا يطيره فلا بأس به الا ترى أن الناس يتخذون بروجا للحمام من غير نكير الا اذا كانت تجر حامات آخر مملوكة لغيره فتفرخ فى وكرها فيأكل ويبيع منه لانه مملوك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته وفى بعض النسخ ومن يلعب بالطنبور لانه من اللهو وهذا أظهر لقوله (أو يغنى للناس) لانه يجمع الناس على اللهو واللعب والمغنى يسمعهم غناءه لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا بأس به ولا تسقط عدالته فى الصحيح وان أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امراة معينة فان كانت ميتة أو كان فيه ذكر امراة غير معينة فلا بأس به وان كانت معينة وهى حية يكره ومن المشايخ من أجاز الغناء فى العرس الا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه اعلانا للنكاح ومنهم من قال اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافى ويصير به فصيح اللسان لا بأس به ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من أباحه مطلقا (أو يرتكب ما يوجب الحد) لانه من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالى بالكذب ودل كلامه أن ما يجب فيه الحد هو الكبيرة واختلفوا فيها فقال أهل الحجاز واهل الحديث هى السبع المذكورة فى الحديث المشهور وهى الاشراك بالله تعالى والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حق وقيل ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به فهو كبيرة وقيل ما فيه حدا وقتل فهو كبيرة وقيل كل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون ان كل ذنب فوقه ذنب وتحته ذنب فهو بالنسبة الى ما فوقه صغيرة والى ما تحته كبيرة لان الاشياء الاضافية لا تعرف الا بالاضافة والاصح ما نقل عن شمس الائمة الحلوانى أنه قال ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر (أو يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام (أو يأكل الربا) لانه من الكبائر وشرط فى الاصل أن يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن (أو يقامر بالنرد والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما) أى بسبب النرد والشطرنج لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر عليهما الحلف وقالوا فى النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالنرد ومن يكون ملعونا لم يكن عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه أحد المعانى الثلاثة التى ذكرناها الآن (أو يبول) على الطريق (أو يأكل على الطريق) لانه يدل على قلة الحياء (أو يظهر سب السلف) الصالحين وهم الصحابة والتابعون والعلماء كابى حنيفة وأصحابه لانه يدل على قلة مروءته وقصور عقله بخلاف ما كان يخفى السب لانه فاسق مستور (وتقبل) الشهادة (لاخيه وعمه) لعدم التهمة وهذا بالاجماع الا عند مالك لو كانا فى عياله لا تقبل وعنه لو يصل اليهما كثيرا لا تقبل (و) كذا تقبل لاجل (أبويه رضاعا) أى من جهة الرضاع (و) كذا لاجل (أم امرأته و)

قوله بخلاف ما كان الخ كذا بخط المؤلف ولعل الاولى من كان اه من هامش

لاجل

لاجل (بنتها) أى بنت امرأته (و) لاجل (زوج بنته و) لاجل (امرأة أبيه) وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدى متحيزة فلا تحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولاد اوا حد الزوجين للآخر على ما بينا (و) كذا تقبل شهادة (أهل الاهواء) لانهم فسقة من حيث الاعتقاد الا أن الحامل لهم على ذلك انما هو التدين به وذلك مانع من ارتكاب الكذب وعند مالك والشافعى فى قول لا تقبل وعند أحمد لا تقبل لثلاثة قدرية وجهمية ورفضية وشرط فى الذخيرة لقبول شهادتهم أن يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفى النهاية ان أصول أهل الاهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنى عشر فرقة وفى الغاية أراد بأهل الاهواء أصحاب البدع كالخارجى والرافضى والجبرى والقدرى والمشبه والمعطل وسموا أهل البدع أهل الاهواء لميلانهم الى محبوب نفوسهم بلا دليل شرعى أو عقلى والهوى محبوب النفس من هوى الشئ اذا أحبه (الا الخطابية) فان شهادتهم لا تقبل وهم قوم من الروافض ينسبون الى أبى الخطاب محمد بن ابى وهب الاجدع وقال أبو حاتم أحمد بن حمدان الرازى الخطابية نسبوا الى الخطاب واسمه أحمد بن أبى زينب الاسدى الاجدع وكان يقول بامامة اسمعيل بن جعفر فلما مات اسمعيل رجعوا الى القول بامامة جعفر وغلوا فى القول غلوا كبيرا وقال فى شرح الاقطع هم قوم منسوبون الى ابى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى ابن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا رضى الله عنه هو الاله الاكبر وجعفر الصادق رضى الله عنه هو الاله الاصغر وكانوا يعتقدون أن من ادعى منهم شيأ على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته وذكر شمس الائمة السرخسى هم ضرب من الروافض يجوزون أداء الشهادة اذا حلف المدعى بين أيديهم انه محق فى دعواه ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا (و) كذا تقبل شهادة (الذمى على) الذمى (مثله) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا تقبل لانه فاسق باحد أنواع الفسق وبه قال مالك وأبو عبد الرحمن ربيعة الرأى وقال ابن أبى ليلى ان اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت لا تقبل ولنا ماروى انه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين بشهادتهم ودعليهما بالزنا وعن أبى موسى الاشعرى وجابر بن عبد الله انه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف (و) كذا تقبل شهادة (الحربى على) الحربى (مثله) لان له ولاية على الحربى مثله (لا) تقبل شهادته (على الذمى) لانه لا ولاية له عليه لان الذمى من أهل دارنا وعند أحمد لا تقبل أصلا فى الكل وانما قال على مثله لانهما اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لا تجوز شهادة أحدهما على الآخر لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك وتقبل شهادة الذمى على المستأمن لان الذمى أعلى حالا منه فجاز أن يجعل له ولاية عليه وكذا تقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا روميا وذا تركيا وقال الناصحى فان أسلم المشهود عليه قبل أن يقضى عليه بطلت الشهادة (و) كذا تقبل شهادة (من ألم بصغيرة) أى بذنب مادون الفواحش (ان اجتنب الكبائر) كلها لان الالمام من غير اصرار لا يقدح فى العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبياء عليهم الصلاة والسلام فيؤدى اشتراط العصمة الى ستباب

الشهادة وهو مفتوح ثم الحد فى العدالة فى الصحيح من غلبت حسناته على سيئاته فان التوقى عن الكبائر كلها لابد منه ثم بعد ذلك يعتبر الغالب (و) كذا تقبل شهادة (الاقلف) وهو غير المختون لاطلاق النصوص من غير قيد بالختان وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه لاتقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة واذا تركه لعذر به من كبر أو خوف هلاك لايضر عدالته وقال الناصحى تجوز شهادة الاقلف اذا كان عدلا (و) كذا تقبل شهادة (الخصى) وهو منزوع الخصيتين قال الخصاف اذا كان عدلا (وولد الزنا والخنثى) لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو أو زيادته أو جناية أبويه لاتوجب قدحا فى العدالة ثم الخنثى ان لم يكن مشكلا فلا اشكال وان كان مشكلا يجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا حتى لايجوز أن يشهد مع رجل مالم ينضم اليه امرأة ولا مع النساء بلا رجل معهن (و) كذا تقبل شهادة (العمال) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل وهم عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامراء وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم وأياما كان تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق اللهم الا اذا كانوا أعوانا على الظلم فحينئذ لاتقبل شهادتهم وفى الكافى هذا فى زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح وفى زماننا لاتقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ان كان العامل مثل عمر بن عبد العزيز ونحوه تجوز شهادته وان كان مثل يزيد بن معاوية ونحوه لاتقبل شهادته (و) كذا تقبل شهادة (المعتق) بفتح التاء (للمعتق) بكسر التاء وكذا بالعكس لعدم التهمة (ولو) مات رجل وترك ابنين ثم (شهد أن أباهما أوصى اليه) أى الى رجل (والوصى) هو الرجل المذكور (يدعى) الوصية (جاز) أى شهادة الابنين وتذكير الفعل باعتبار المذكور من الشهادة لانه لم يثبت بهذه الشهادة شئ لم يكن للقاضى فعله وانما كان له نصب الوصى فاكتفى بهذه الشهادة مؤنة التعيين لانهما زكياه بشهادتهما اذ لو لاشهادتهما لكان القاضى يتأمل فيمن يعين وفيمن يصلح فيعين من ثبتت صلاحيته نظرا للميت وان لم يوص لانه نصب نظر المصالح المسلمين (وان أنكر) الرجل الوصية (لا) تقبل شهادتهما لان القاضى لايملك اجبار أحد على قبول الوصية ثم مثل عدم قبول الشهادة هنا بمسئلة أخرى بقوله (كما) لاتقبل شهادة الابنين فى غيبة أبيهما (لو شهدا أن أباهما وكله) أى وكل فلانا (بقبض ديونه و) الحال أنه قد (ادعى الوكيل) الوكالة (او انكر) ها وانما لاتقبل هذه الشهادة للتهمة لان القاضى لايملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبتت بشهادتهما وهى غير موجبة فبطلت بخلاف مسئلة الوصية كما ذكرنا (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح مجرد) من غير أن يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لايدخل تحت الحكم وفى الغاية والجرح المجرد الذى لايدخل تحت حكم القاضى كما اذا قال المدعى عليه ان شهود المدعى فسقة أو قال استأجر الشهود وعند الشافعى رضى الله عنه يسمع ويحكم به وكذا نقل عن الخصاف وانما لاتقبل الشهادة على جرح مجرد لان القاضى مأمور بالستر على المسلمين وفى سماع البينة هتك الحرمة واشاعة الفاحشة وذلك حرام الا اذا تضمن حقا للشرع أو للعبد فحينئذ تقبل كما اذا قال زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا أو أخذوا المال أو قتلوا النفس عمدا فتقبل

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو الحد وايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفى ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال المدعى عليه صالحت الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا على به وأقام على ذلك بينة وطلب استرداده تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا على ولم أدفع لهم المال أو قال استأجرهم المدعى بكذا من المال على أن يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعى مجرد جرح لانه يدعى قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستئجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام لغيره فكان جرحا مجردا ولو أقام البينة على اقرار المدعى أن الشهود فسقة تقبل بينته وكذا اذا أقامها على اقراره انه استأجرهم أو على اقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق وكذا اذا أقامها انهم عبيد او محدودون فى قذف (ومن شهد) فى مجلس القاضى (ولم يبرح) أى لم يزل عن مجلس القاضى (حتى قال أوهمت بعض شهادتى تقبل) شهادته ولا يسمع قوله أوهمت بعض شهادتى (لو) كان (عدلا) لانه قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضى فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه فى أوانه وهو عدل فان قال ذلك بعدما قام عن مجلس القاضى لا تقبل شهادته لجواز انه غره أحد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضى بجميع ما شهد به أولا حتى لو شهد بألف أولا ثم قال غلطت فى خمسمائة يقضى بالالف لان المشهود به أولا صار حقا للمدعى ووجب على القاضى القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضى بما بقى لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الائمة الرخسى وعن أبى حنيفة وأبى يوسف ان قوله يقبل فى غير المجلس فى الكل والاول هو الظاهر وفى النهاية أن الشاهد اذا قال أوهمت فى الزيادة أو فى النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا تفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه الحسن عن أبى حنيفة وبشر عن أبى يوسف والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاختلاف فى الشهادة)

(الشهادة ان وافقت الدعوى) بأن كانت فى ألف قرض وشهدا بألف قرض (قبلت) الشهادة لانها وافقت فأمكن القضاء (والا) أى وان لم توافق الشهادة الدعوى بأن كانت فى ألف قرض وشهدا بألف ثمن متاع (لا) تقبل الشهادة لانها خالفت فلم يمكن القضاء بها وذلك لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا تعتبر فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى ليست فيها بشرط (ادعى) رجل على آخر (دارا ارثا) أى موروثة (أو) ادعى دارا (شراء) أى مشتراة (فشهدا) أى الشاهدان (بملك مطلق) يعنى من غير ذكر سبب (لغت) الشهادة لانهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعى بزوائده بخلاف الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين (و) اذا كانت الشهادة (بعكسه) أى بعكس الحكم المذكور (لا) تلغو بل تقبل وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لانهما شهدا بأقل مما ادعى وذلك لا يمنع

قوله لانه يدعى قبله الخ كذا بخط المؤلف والصواب لانه لم يدع الخ اه من هامش

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

قبول الشهادة (ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) أى من حيث اللفظ ومن حيث المعنى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما الاتفاق فى المعنى هو المعتبر والمراد بالاتفاق فى اللفظ هو تطابق اللفظين على اعادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل بمائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى باربعة وكذا ان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا ومعنى وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعى يدعى بالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث ويقولهما قالت الثلاثة وعندهم يحلف المدعى ويستحق الزيادة لهما انهما اتفقا على الاقل فثبت لوجود الحجة وتفرد أحدهما بالزيادة فلا تثبت لعدم الحجة وله أن اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين فلم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل منهما الا واحد فلا يقبل ثم فرع على هذا الاصل بالفاء بقوله (فان شهد أحدهما) أى أحد الشاهدين (بألف و) شهد (الآخر بألفين لم تقبل) هذه الشهادة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما (وان شهد) الشاهد (الآخر بألف وخمسمائة و) الحال ان (المدعى يدعى ذلك) أى الالف والخمسمائة (قبلت) الشهادة (على الالف) لاتفاقهما بألف وانفراد أحدهما بخمسمائة وهذا بالاتفاق وعند الثلاثة يستحق الخمسمائة بحلفه ولو كان المدعى يدعى الاقل لا تقبل الشهادة فى الكل (ولو شهدا) أى الاثنان (بألف وقال احدهما) أى أحد الشاهدين (قضاه) أى قضى المدعى عليه للمدعى (منها) أى من الالف (خمسمائة تقبل) شهادتهما (بالالف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع انه) أى أن المدعى عليه وهو المديون (قضاه) أى الدائن المدعى خمسمائة لانفراده به (الا أن يشهد معه) شاهد (آخر) ليكمل النصاب حينئذ (وينبغى للشاهد) الذى شهد بانه قضاه خمسمائة يعنى يجب عليه (أن لا يشهد) بالالف كلها اذا علم انه قضاه منها خمسمائة (حتى يقر المدعى بما قبض) وهو خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم (ولو شهدا) أى الاثنان (بقرض الف) بأن شهدا ان فلانا أقرض فلانا ألف درهم (وشهد أحدهما انه) أى المستقرض (قضاه) أى قضى الالف للمقرض (جازت الشهادة على القرض) لتمام الحجة فيه ولا تقبل فى القضاء لعدمها وذكر الطحاوى عن بعض أصحابنا انه لا يقضى بها القاضى وهو قول زفر (ولو شهدا) أى الاثنان (بأنه) أى ان فلانا (قتل زيدا يوم النحر بمكة) شرفها الله تعالى (و) شهد (آخران انه) أى ان فلانا المذكور (قتله) أى قتل زيدا المذكور (يوم النحر بمصر ردتا) أى الشهادتان لان احدى الطائفتين كاذبة بيقين وليس احداهما أولى بالقبول من الاخرى وكذا لو اختلفا فى الزمان أو الآلة التى وقع بها القتل (فان قضى) القاضى (باحداهما) أى باحدى البينتين فى المسئلة المذكورة بأن حكم بالقصاص أولا (بطلت) البينة (الاخرى) اذا شهدت بعد الحكم لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية (ولو شهدا) أى الاثنان (على سرقة بقرة واختلفا) أى الشاهدان (فى لونها) أى فى لون البقرة بأن قال أحدهما سرق بقرة بيضاء وقال الآخر بقرة سوداء قبلت شهادتهما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فاذا قبلت

(قطع)

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

(قطع) يد السارق لانه يحتمل اشتمالها على لونين وعندهما لا تقبل لان المشهود به مختلف وهذا اذا كان المدعى يدعى بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا تقبل شهادتهما بالاجماع وقيل هذا فى لونين متشابهين كالسواد والحمرة وأما فى لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذكره فى المبسوط (بخلاف) الاختلاف فى (الذكورة والانوثة) بأن شهد أحدهما أنه سرق ذكرا والآخر انثى حيث لا تقبل بالاجماع لانهما لا يجتمعان فى بقرة واحدة (و) بخلاف الاختلاف فى لون البقرة فى (الغصب) بأن قال أحدهما غصب بقرة بيضاء وقال الآخر سوداء لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فلا تقبل منه الشهادة (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف) درهم (وشهد آخر) أنه اشترى (بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) سواء كان المدعى هو العبد أو المولى لاختلاف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما وذكر علاء الدين السمرقندى رحمه الله تعالى ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يشتريه بالف ثم يزيد عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد (وكذا) تبطل الشهادة بالاختلاف فى مقدار بدل (الكتابة و) بدل (الخلع) اذا كانت المرأة هى المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما انفرد به أحدهما وان كان المدعى هو الزوج يقع الطلاق باقراره ويكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت أقلهما وهو الذى اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كان المدعى هو العبد أو القاتل لا تقبل شهادتهما وان كان هو المولى او الولى يثبت العفو والعتق باقرارهما فيكون دعوى العين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه كما فى الخلع وفى الرهن ان كان المدعى هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت أقلهما وان كان هو الراهن فلا تقبل الشهادة وله أن يفسخه أى وقت شاء صورته أن يدعى انه رهنه ألفا وخمسمائة وادعى انه قبضه ثم أخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه فاقام بينة فشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة يثبت أقلهما وفى الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهو نظير البيع فلا تقبل شهادتهما وان كان بعد مضى المدة فهو كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعى يدعى الاكثر وان كان يدعى الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعى وهذه ثمان مسائل البيع والاجارة والكتابة والخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحدة منها على وجهين اما ان يدعى هذا وينكر الآخر أو يدعى الآخر وينكر هذا اما البيع اذا ادعى البائع وأنكر المشترى أو العكس لا تقبل الشهادة اذا شهد احدهما على ألف والآخر على ألفين أو أحدهما على ألف والآخر على ألف وخمسمائة سواء ادعى الاقل أو الاكثر واما الاجارة فقد ذكرت صورتها واما الكتابة فان ادعى المولى والمكاتب منكر لا يلتفت الى شهادتهما لان الدعوى لا تنفذ لان العبد متمكن من الفسخ وان ادعى المكاتب فهذا دعوى العتق لا تقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان فى بدل الكتابة كما فى البيع والشراء واما الخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد فان كان الدعوى من المراة والعبد والقاتل لا تقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان فى

قوله المدعى هو العبد او المشترى العبد كافى المنتقى اه من هامش

قوله دعوى العين لعله الدين اه من هامش

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

البـدل وان كان المدعى هو الزوج أو المولى أو ولى القصاص جازت الشهادة على الاقل لانه دعوى المال واما النكاح فان كان الزوج يدعى والمرأة منكرة واختلف الشاهدان فى المهر لاتقبل الشهادة وان كانت المرأة هى المدعية فهذا دعوى المال عند أبى حنيفة حتى لو ادعت النكاح بألف وخمسمائة واختلف الشاهدان فالنكاح جائز بالف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لاتقبل الشهادة ولا يقضى بالنكاح وأما الرهن فان ادعى الراهن واختلف الشاهدان لاتقبل الشهادة لانه لاحظ له فى الرهن لان حظ الرهن للمرتهن فكانت الشهادة بلادعوى فلا تقبل وان ادعى المرتهن فشهد أحدهما على ألف والآخر على ألف وخمسمائة جازت شهادتهما على الاقل (فاما النكاح فيصح بألف) كأنه جواب عما يقال كيف الحكم فى النكاح اذا اختلف شاهداه فقال يصح بألف لاتفاقهما عليه وقد مر بيانه الآن (وملك المورث) كلام اضافى مبتدأ وقوله (لم يقض لوارثه) خبره صورته اذا ثبت شئ أنه ملك المورث بأن ادعى انسان عينا فى يد انسان انها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضى له (بلاجر) من الشهود بأن يجرّا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له (الاان يشهدا) أى الشاهدان (بملكه) أى بملك المورث بأن يقولا كانت لابيه يوم موته لانه اذا ثبت ملكه كان جرّا ضرورة (أو) ان يشهدا انها كانت (فى يده) عند الموت لان فيه جرا أيضا لان يده ان كانت يد ملك عند الموت فظاهر وان كانت يد أمانة فكذلك الحكم لان الايدى فى الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا والمضمون يملكه الضامن على ماعرف فيكون اثبات اليد فى ذلك الوقت اثباتا للملك (أو) ان يشهدا انها كانت (فى يد مودعه) بفتح الدال أى مودع المورث لان اثبات يد من يقوم مقامه اثبات ليده فيغنى اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه (أو) ان يشهدا انها كانت فى يد (مستعيره) أى مستعير المورث بما ذكرنا وكذا مستأجره ومرتهنه وغاصبه وهذا عندهما وعند أبى يوسف الجر ليس بشرط بل اذا أثبت الوارث أن العين كانت للمورث يكفى لان ملك المورث قد ثبت بقول الشهود كانت له واهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا فلابد من اثبات النقل اليه وذلك بالجر الصورى أو المعنوى وهو الذى ذكرناه (ولو شهدا) أى الاثنان ان هذه العين كانت (بيد) شخص (حى منذ شهر ردت) هذه الشهادة عندهما وعند أبى يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب أن تقبل ولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وأمانة وضمان فلا يمكن القضاء بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوع وقيد بالحى لانهما اذا شهدا الميت انها كانت فى يده وقت الموت تقبل اتفاقا (ولو أقر المدعى عليه بذلك) أى باليد للمدعى (أو شهد شاهدان انه) أى المدعى عليه (أقر انه) أى ان المدعى به (كان فى يد المدعى) منذ شهر (دفع المدعى به (الى المدعى) لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لاتمنع صحة الاقرار والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الشهادة على الشهادة) *

(تقبل) الشهادة على الشهادة (فيما) أى فى الموضع الذى (لايسقط بالشبهة) احترز به عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة فلا تجوز فيهما وعند الثلاثة تجوز فيهما ايضا الا فى قول

للشافعى

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

للشافعي رحمه الله تعالى ورواية عن أحمد وذكر الناطفي انها لاتجوز في الوقف أيضا والصحيح انها تجوز احياء له وصونا له عن اندراسه وأشار الى شرط جواز الشهادة على الشهادة بقوله (ان شهد رجلان على شهادة شاهدين) أي على شهادة كل واحد من الشاهدين الاصلين لان كل واحد من الشهادتين قضية فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو اشهد أحدهما على شهادته رجلين وأشهدهما الآخر بعينهما جاز ولو شهد كل من الفرعين على شهادة كل واحد من الاصلين بانفراده لا يجوز وكان القياس أن يكون شهود الفروع أربعة على كل شاهد من الاصل اثنان كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله تعالى حتى قال لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين أشهدهما صاحبه فيكون شهود الفرع أربعة وعند أحمد اذا شهد كل واحد من شهود الفرع على كل واحد من شهود الاصل جاز كذا في كتابهم المسمى بالمستوعب ولنا ما روى عن علي رضي الله تعالى عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بأن يكون بازاء كل رجل فرعان ولان الرجلين ينقلان شهادة الاصل وهو من الحقوق وقد تم على هذا الحق نصاب الشهادة (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا وعند الاوزاعي وابن أبي ليلى وأحمد تجوز (و) صفة (الاشهاد ان يقول) الاصل للفرع (اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلانا أقر عندي بكذا) لانه كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل (و) صفة أداء الشاهد (الفرع أن يقول عند الاداء عند الحاكم (أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) وهذا فيه خمس شينات وهو الاحسن فيما ذكروه وذكر الخصاف أنه يحتاج الى أن يأتي بلفظ الشهادة ثمان مرات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته وهو يشهد أن فلانا أقر عنده بكذا وأشهده على اقراره وقال لي اشهد على شهادتي وأنا أشهد بذلك وهو الاحوط فيما ذكروه ومنهم من قال أربعا وهو أن يقول أشهد أن فلانا قال لي اشهد على شهادتي وأنا أشهد ومنهم من قال ثلاثا وهو أن يقول أشهد أن فلانا قال لي اشهد على شهادتي أو أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته وقال صاحب الاختيار وهو أقل ما قيل فيه قلت ذكر محمد في السير الكبير أن يقول أشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين لا غير وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأبي جعفر وشمس الائمة السرخسي وهو أسهل وأيسر (ولا شهادة للفرع بلا موت أصله) أي أصل الفرع (أو مرضه) بما لا يستطيع الحضور معه الى مجالس الحكم (أو سفره) أي أو سفر الاصل ثلاثة أيام لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل وهو يتحقق بهذه الاشياء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يقدر أن يبيت في منزله جاز الاشهاد احياء لحقوق الناس وعليه أكثر المشايخ وعن محمد أنه يجوز كيفما كان حتى روى عنه أنه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته بزاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وفي النهاية ذكر شمس الائمة السرخسي والقاضي الامام علي السغدي في شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله تعالى اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والشهود في المصر يجب أن يجوز على قولهما وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز بناء على أن التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم لا يجوز عنده خلافا لهما وفي المنتقى قال محمد أقبل الشهادة على الشهادة

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

والمشهود على شهادته فى المصر من غير مرض به ولا علة (فان عدلهم) أى الاصول (الفروع صح) تعديلهم لان الفروع من أهل التزكية فيصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل أحد الشاهدين صاحبه (والا) أى وان لم يعدلهم الفروع (عدلوا) أى الاصول بسؤال غير الفروع عنهم لان المأخوذ عن الفروع النقل دون التعديل هذا عند ابى يوسف رحمه الله تعالى وأوجب محمد تعديل الفروع الاصول حتى لا تقبل الشهادة اذا لم يعدلوهم لان الشهادة تعتمد العدالة فاذا سكتوا صاروا شاكين فيما شهدوا به فلا تقبل (وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل الشهادة) أى الاشهاد بأن قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحمل شرط ولم يوجد (ولو شهدا) أى الاثنان (على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان) على فاطمة بنت على مثلا (الفلانية المصرية مثلا أنها أقرت (بألف) درهم مثلا لفلان (وقالا) أى الشاهدان الفرعان (أخبرانا) أى الشاهدان الاصلان (أنهما) أى الاصلين (يعرفانها) أى فلانة المذكورة (فجاء) المدعى وهو المقر له (بامرأة وقالا) أى الشاهدان الفرعان (لم ندر) أى لم نعلم (هى) أى فلانة (هذه) أى التى جاء بها المدعى (أم لا قيل للمدعى) وهو المقر له (هات) أى أحضر (شاهدين آخرين يشهدان (أنها) أى ان هذه المرأة هى (فلانة) المذكورة لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعى يدعى أن تلك النسبة للحاضرة ويحتمل أن تكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة (وكذا) الحكم فى (كتاب القاضى الى القاضى) بأن كتب أن فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعى امرأة عند القاضى المكتوب اليه وانكرت المرأة أن تكون هى المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها هى المنسوبة بتلك النسبة كما فى المسئلة الاولى (ولو قالا) أى الشاهدان الاصلان (فيهما) أى فى الفصلين فصل الشهادة على الشهادة وفصل كتاب القاضى الى القاضى فلانة بنت فلان (التميمية لم يجز حتى ينسباها) أى فلانة (الى فخذها) وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهى عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان أول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان أخص من الكل وجعل الزمخشرى الفصيلة آخر الكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل مثلا خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصى بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمى الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه وقال الاستروشنى فى فصوله ورأيت فى موضع ثقة ولو ذكر اسمه واسم أبيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكفى فيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يكفى وفى اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضى بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع فى فصل مختلف فيه قاله فى الغاية وفى فتاوى قاضيخان وان حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفى بذلك (ولو أقر أنه

شهد

شهد زورا يشهر) عند أبي حنيفة والتشهير أن يبعث به القاضي الى محلته فيقال لهم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه (ولا يعزر) أى ولا يضرب وقالا يضرب ويحبس ان لم يحدث توبة لانه ارتكب محظورا فيعزر وبه قالت الثلاثة وله ان هذا أشد من التعزير ولان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب وهو وان كان تابعيا لكنه زاحم الصحابة فى الفتوى وسوغوا له فى الاجتهاد وقال الامام الحاكم أبو محمد الكاتب هذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يرجع على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثانى أن يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث أن لا يعلم رجوعه بأى سبب فانه على الاختلاف المذكور ونبه بقوله أقر أنه شهد زورا كاذبا متعمدا وأما اذا قال غلطت أو نسيت أو أخطأت أو ردت شهادته لتهمة أو لمخالفة بين الدعوى والشهادة فانه لا يعزر والرجال والنساء وأهل الذمة فى شاهد الزور سواء وهل تقبل شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذى حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلفوا فى مقدار مدة التوبة فقدره بعضهم بستة أشهر وبعضهم بسنة والصحيح أنه مفوض الى رأى القاضي وان كان عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا لان عدالته لا تعتمد وعن أبي يوسف أن شهادته تقبل وبه يفتى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الرجوع عن الشهادة)

(لا يصح الرجوع عنها) أى عن الشهادة (الا عند قاض) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم أى حاكم كان فاذا كان الرجوع عند غيره لم يصح فلو أقام المقضى عليه بشهادتهما بينة بأنهما رجعا عند غير القاضي أو طلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما اذا أقرا انهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهما وان أقرا برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما فى الحال وبخلاف ما اذا أقام البينة أنهما رجعا عند قاض آخر غير الذى كان قضى بالحق حيث تقبل هنالك بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا (فان رجعا) أى الشاهدان (قبل حكمه) أى قبل حكم القاضي بشهادتهما (لم يقض) بها الا ان كلامهما متناقض ولا ضمان عليهما الا حد الخصمين لانهما لم يتلفا شيأ على أحد (و) ان رجعا (بعده) أى بعد حكم القاضي بشهادتهما (لم ينقض) الحكم لان الاول ترجح باتصال الحكم به (وضمنا) أى الشاهدان اللذان رجعا (ما أتلفاه للمشهود عليه) وهو المدعى عليه (اذا قبض المدعى المال) سواء كانا (دينا أو) كان (عينا) لان التسبيب على وجه التعدى يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر على الطريق وهذا بالاجماع الا فى قول للشافعي رحمه الله تعالى لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة قلنا القاضي هو المباشر ولا يمكن ايجابه عليه لانه ملجأ ولا على المدعى لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب ومن العجب أنه يوجب القصاص عليهم اذا رجعوا بعدما قتله الولى وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم أعظم ولا يوجب المال وهو يثبت بالشبهة فان قلت أنتم أيضا أوجبتم المال على الشاهد اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل منهما جزاء الجناية قلت القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبيب فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة

Digitized by Google | Original from INDIANA UNIVERSITY

دون ضمان المال وقوله دينا أو عينا اختيار شمس الائمة السرخسي وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود فيه دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له وكذلك العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام (فان رجع أحدهما) أي أحد الشاهدين (ضمن النصف والعبرة) في باب الضمان (لمن بقي) من الشهود (لا لمن رجع) وفي هذه المسئلة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف وعند الثلاثة رحمهم الله تعالى العبرة لمن رجع الا في رواية عنهم لمن بقي وعندهم يجب ضمان النصف على الراجع على أصلهم (فان شهد ثلاثة) أنفس (ورجع واحد) منهم (لم يضمن) شيأ لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وعند الثلاثة يضمن الراجع ثلث المال (وان رجع آخر) مع الذي رجع من الثلاثة (ضمنا) أي الراجعان (النصف) لانه بقي منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق وعندهم يضمنان الثلثين (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة) واحدة (ضمنت الربع) لبقاء الثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف وهذا بالاجماع (فان رجعتا ضمنتا النصف وان شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان) من النسوة (لم يضمن) بتشديد النون لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان وعند الثلاثة تضمن ثمانية اجزاء النصف (فان رجعت) امرأة (أخرى) مع الثمانية (ضمن) بتشديد النون أيضا (ربعه) أي ربع المدعى به وعندهم ضمن تسعة أجزاء النصف (وان رجعوا) يعني كلهم الرجل والعشر نسوة (فالغرم) أي الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (بالاسداس) يعني سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن كرجل وبه قالت طائفة من الشافعية وله أن حالة اجتماع النساء مع الرجال كل امرأتين كرجل فصارت عشر نسوة كخمسة رجال (وان شهد رجلان عليه) أي على الرجل (أو عليها) أي أو على المرأة (بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا) أي الشاهدان (لم يضمنا) لانهما لم يتلفا عليهما شيأ بشهادتهما سواء كانت هي المدعية أو هو وكذا لو شهدا بأقل من مهر المثل لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف (وان زاد) المهر (عليه) أي على مهر (المثل) ضمناها أي الزيادة على مهر المثل لانهما أتلفاها بشهادتهما من غير عوض هذا اذا كانت هي المدعية وعند أشهب المالكي لا يضمنانها (ولم يضمنا) أي الشاهدان بالرجوع (في البيع) بأن شهدا على البائع أنه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمناه (الا ما نقص من قيمة المبيع) بان كانت الشهادة بأقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك المقدار أتلفاه عليه بلا عوض سواء كان البيع بخيار الشرط للبائع أو كان باتا واذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر لا يضمنان شيأ لانهما أتلفا عليه المبيع بعوض يقابله أو يفوقه والاتلاف بعوض كلا اتلاف هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا بنقد الثمن مع شهادتهما بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع بألف مثلا فقضى به القاضي ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن وان كان أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط ولو شهدا عليه بالشراء فقضى به ثم رجعا فان

كان بمثل القيمة أو أقل لم يضمنا للمشترى شيأ وان كان بأكثر من قيمته ضمنا مازاد عليها للمشترى
(و) لو رجعا بعد الشهادة (فى الطلاق) بأنه طلق امرأته (قبل الوطء) أى قبل الدخول بها (ضمنا)
أى الشاهدان بالرجوع للزوج (نصف المهر) لانهما أكدا عليه ما كان على شرف السقوط
(ولم يضمنا) أى الشاهدان (لو) شهدا أنه طلقها (بعد الوطء) ثم رجعا عن الشهادة لان المهر
تأكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعى رحمه الله تعالى يضمنان للزوج مهر المثل (و) لو رجعا
بعد الشهادة (فى العتق) بأنه اعتق عبده وحكم به الحاكم (ضمنا القيمة) أى قيمة العبد لسيده
لانهما أتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا
الضمان فلا يتحول الولاء وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين لانه
ضمان اتلاف بخلاف ضمان الاعتاق ولو شهدا أنه كاتب عبده فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا
قيمته كلها لانهما حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان
المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى فى ذلك حين ضمنا قيمته وكان من قضية
الضمان أن يملكاه لكن المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق حتى يؤدى ما كان عليه
كما كان قبل رجوعهما فاذا أدى عتق والولاء للمولى لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان قاما
مقامه فى أخذ بدل الكتابة منه لا غير ويطيب لهما ما أخذا من المكاتب ان كان بدل الكتابة مثل
قيمته أو أقل وان كان أكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورد الى الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر ملكا
للشاهدين كما ذكرنا ويرد المولى ما أخذ من الشاهدين ولو اختار المولى أن يتبع المكاتب
ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو شهدا أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر فقضى به
ثم رجعا فان لم يكن معها ولد والمولى حى يضمنان له نقصان قيمتها فاذا مات المولى يضمنان للورثة
باقى قيمتها وان رجعا والمولى ميت ضمنا جميع قيمتها للورثة وان كان معها ولد والمولى حى ضمنا
نقصان قيمتها وقيمة جميع الولد واذا مات المولى ان لم يكن مع الولد شريك فى الميراث لا يضمنان له
شيأ ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما ان كانت له تركة والا فلا شىء على الابن وان كان
معه شريك فانهما يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقى قيمة الام ويرجعان على الولد بما
قبض الاب منهما ان ترك مالا ولا يرجعان بما أخذه منهما شريكه ولا يضمنان لشريكه ما أخذه
الولد بالارث وان رجعا بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما وان كان له
شريك فى الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد
ولا يرجعان على الولد هنا بما أخذه منهما شريكه وان شهدا بعد وفاته والمسئلة بحالها وقضى به
ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة وان كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها
وما أخذه الولد بالارث (و) لو رجعا بعد الشهادة (فى القصاص) بأن شهدا أنه قتل فلانا عمدا
فقضى به فقتل ضمنا (الدية) عندنا (ولم يقتصا) أى الشاهدان وقال الشافعى رحمه الله تعالى
عليهما القصاص لانهما تسببا القتل قلنا التسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر ووضع الحجر وان
رجع الولى معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولى بالخيار ان شاء ضمن الولى الدية وان شاء ضمن
الشاهدين وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وكذا عندهما
ان ضمن الولى وان ضمن الشاهدين فلهما أن يرجعا على الولى لانهما عاملان له فى الشهادة

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

فيرجعان عليه بما لحقهما به (وان رجع شهود الفرع ضمنوا) لان التلف يضاف الى شهادتهم (لا) يضمن (شهود الاصل بلم نشهد) أى بقولهم لم نشهد (الفروع على شهادتنا أو) بقولهم (أشهدناهم) أى الفروع (و) الحال انا (غلطنا) لان القضاء وقع بشهادة الفروع ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا يقضى به لانكارهم التحميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله تعالى يضمن شهود الاصل بقولهم أشهدناهم وغلطنا لان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأن الاصول حضروا مجلس القاضى وبه قال أحمد فى وجه واظهرهما ماذكرناه وبه قال مالك والشافعى رحمهما الله تعالى (ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط) يعنى دون الاصول عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الكل فيتخير ولهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع فاختص بهم الضمان وعند أحمد يضمن كلهم (ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الاصول أو غلطوا) يعنى بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من الحكم لا ينتقض بقولهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بأنهم كذبوا (وضمن المزكون بالرجوع) عن تزكيتهم عند ابى حنيفة لان شهادتهم فى معنى علة العلة وقالا لا ضمان عليهم لانهم أثنوا على الشهود خيرا فنزلوا منزلة شهود الاحصان (و) يضمن (شهود اليمين) صورته شهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم شهد آخران بان الشرط الذى علق عليه العتق أو الطلاق وجد وقد نزل المعلق فحكم بذلك ثم رجع الجميع فالضمان على شهود اليمين خاصة لان اليمين هى السبب والتلف انما يضاف الى من أثبت السبب دون الشرط المحض (لا) يضمن (شهود الاحصان و) لا شهود (الشرط) صورة الاولى أن يشهد أربعة بالزنا ويشهد آخران أنه محصن ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لانه علة ولا ضمان على شهود الاحصان لانه علامة وليس بشرط حقيقة وقال زفر يجب عليهم أيضا وصورة الثانية ماذكرناه فى شهود اليمين وفيه أيضا خلاف زفر رحمه الله وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض والصحيح أنهم لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات واذا شهد شاهدان بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدى الايقاع لانه علة والتفويض سبب والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الوكالة) *

وهى الحفظ لغة ومنها الوكيل فى أسماء الله تعالى والتوكيل تفويض التصرف الى الغير والوكيل القائم بما فوض اليه (صح التوكيل) لما صح أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم ابن حزام بشراء الاضحية (وهو) أى التوكيل فى اصطلاح الشريعة (اقامة الغير مقام نفسه فى التصرف) الجائز المعلوم وقوله (ممن يملكه) أى التصرف يتعلق بقوله صح وقوله وهو اقامة الغير الى آخره معترض بينهما وذلك لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه فلا يتصور أن يستفيد ممن لا ولاية له على التصرف قيل هذا على قولهما وأما على قول أبى حنيفة فالشرط أن يكون حاصلا بما يملكه الوكيل فأما كون الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل هو احتراز

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

عن الصبي المحجور والعبد المحجور فانهما لو اشتريا شيأ لا يملكانه فكذلك لا يصح توكيلهما (اذا كان الوكيل يعقل العقد) بأن يعرف أن الشراء جالب والبيع سالب ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم أو الربح لا الهزل (ولو) كان الوكيل (صبيا أو عبدا محجورا) وهو واصل بما قبله والباء في قوله (بكل ما يعقده) يتعلق بقوله صح التوكيل أي بكل شيء جاز أن يعقده (بنفسه) لاجل الحاجة لانه قد يكون غيره أهدى منه فان قلت يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له أن يوكل فيما وكل فيه قلت لا يرد لان المراد أن يعقد بنفسه لنفسه لا لما استفاده من جهة غيره من التصرفات فان قلت يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه مع أن المباشرة بنفسه غير صحيحة قلت هذا الاطلاق يمشي على قولهما لا على قول أبي حنيفة وقد أجيب بأن ذلك انما يرد ان لو قال كل عقد لم يجز له أن يعقده بنفسه لا يجوز أن يوكل به لان ذلك بطريق الطرد وأما بطريق العكس فلا يرد شيء فان قلت يرد النقض في الطرد أيضا وهو أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يملك توكيل المسلم به قلت الذمي يملك التوكيل ههنا أيضا بأن يوكل ذميا مثله وانما لم يجز توكيله المسلم لكونه مأمورا بالاجتناب عنه وقال الشارح ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز أن يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له أن يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل قلت لو أخرج الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة يكون القرض للآمر حتى لا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه وعن أبي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز (و) صح التوكيل أيضا (بالخصومة في) سائر (الحقوق) لكن (برضا الخصم) أي بشرط رضاه عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وان لم يرض وان لم يكن به عذر لان حق الدعوى حق المدعي فان شاء باشر بنفسه وان شاء فوض الى غيره وبه قالت الثلاثة وله أن الجواب مستحق على الخصم بلسانه عينا لانه هو المقصود وله وفي التوكيل نقل هذا الحق الى غيره على وجه لا يعرى عن الضرر لصاحب الحق وهو ضرر وشدة الخصومة فلا يجوز بغير رضاه وقال صاحب الهداية ولا خلاف في الجواز وانما الخلاف في اللزوم فعنده لا يلزم يعني لا يسقط حق الخصم في طلب الحضور والدعوى والجواب بنفسه وهو قول ابن أبي ليلى وعندهما يلزم حكمه ويسقط حقه في احضاره ودعواه بنفسه (الا أن يكون) استثناء من قوله برضا الخصم يعني يشترط رضا الخصم الا عند كون الموكل (مريضا أو غائبا مدة السفر) وهو ثلاثة أيام (أو) يكون الموكل (مريدا للسفر) ولكن لا يقبل قوله اني أريد أن أسافر لكن القاضي ينظر في حاله فان هيئة من يسافر لا تخفى على أحد (أو) تكون الموكلة امرأة (مخدرة) يعني ليس لها عادة بالبروز ففي هذه الاعذار يجوز بلا رضا الخصم بالاجماع ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحاكم في المسجد (و) صح التوكيل أيضا (بايفائها) أي بايفاء الحقوق (واستيفائها) لما سبق (الا في حد وقود) أي قصاص وهو استثناء من قوله واستيفائها الا من قوله وصح التوكيل لان التوكيل باثباتهما جائز ولكن لا يجوز استيفاؤهما (ان غاب الموكل) لانهما يندرئان بالشبهة واحتمال العفو ثابت للندب اليه بخلاف ما اذا حضر لانتفاء هذا الاحتمال وعند الثلاثة يصح في القود وان غاب الموكل الا رواية عن أحمد وقولا من الشافعي ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة فاذا قامت وثبت الحق

فللموكل استيفاؤه وقال أبو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتها أيضا كما لا يجوز باستيفائها وقال الطحاوى فى مختصره لا تجوز الوكالة فى الحدود والقصاص الا فى اثبات البينات عليها فاذا وجبت اقامتها لم تقم الا بمحضر من الموكل بها فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل الوكالة فى شئ من ذلك من خصومة فيها ولا من اثبات بينة عليها ولا من غير ذلك منها وقال صاحب الهداية وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه أى اذا وكل من عليه الحد أو القصاص رجلا بالجواب عنه قال أبو حنيفة يجوز وقال أبو يوسف لا يجوز وقول محمد مضطرب ولكن لا يجوز اقرار الوكيل على موكله بأن قال قتل موكلى القتيل الذى يدعيه الولى لشبهة عدم الامر بذلك وان كان التوكيل بالجواب صحيحا على مذهب أبى حنيفة (والحقوق) جمع حق وارتفاعه على الابتداء وقوله (فيما يضيفه) يتعلق بمحذوف تقديره والحقوق الكائنة فى الشئ الذى يضيفه (الوكيل الى نفسه) عند العقد (كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار) وقوله (تتعلق بالوكيل) خبر المبتدا وعند الشافعى تتعلق بالموكل كالرسول والوكيل بالنكاح واخوانه وبه قال مالك وأحمد ولنا أن الوكيل هو العاقد ولا يفتقر فى هذه العقود الى ذكر الموكل والعاقد الآخر اعتمد رجوع الحق اليه فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا أو من لا يقدر على مطالبته واستيفاء الثمن منه وانه منتف بخلاف الرسول لانه يضيف العقد الى مرسله وبخلاف النكاح لانه لابد فيه من ذكر الموكل واسناد العقد اليه فلا ضرر حينئذ (ان لم يكن) الوكيل (محجورا) كالعبد المحجور والصبى المحجور فانهما اذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق الحقوق فى عقديهما بالموكل دفعا للضرر عن العقاد معهما وفيه اشارة الى ان العبد والصبى المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق و يلزمهما العهدة مطلقا وقوله (كتسليم المبيع) الى آخره مثال للحقوق التى تتعلق بالوكيل فيما يضيفه الى نفسه فان تسليم المبيع يجب على الوكيل اذا كان بائعا (وقبضه) أى وقبض المبيع اذا كان الوكيل مشتريا (وقبض الثمن) اذا كان بائعا (والرجوع) أى رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على البائع (عند الاستحقاق) أى عند ظهور المستحق للمبيع وكذا الرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع (والخصومة) أى خصومة الوكيل بالشراء مع البائع (فى) ظهور (العيب) فى المبيع وقوله (والملك يثبت للموكل) جواب من سؤال مقدر تقديره أن يقال اذا كانت الحقوق فى هذا الفصل راجعة الى الوكيل كان ينبغى أن يعتق قريبه اذا اشتراه بالوكالة لان شراء القريب اعتاق فأجاب عنه بقوله والملك يثبت للموكل (ابتداء) أى فى ابتداء الامر خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل فى حق الكل لكن فى حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه كالعبد يتهب أو يصطاد (حتى لا يعتق قريب الوكيل) مثل أبيه وابنه (بشرائه) وكذا لا يفسد نكاحه اذا اشترى زوجته بالوكالة وفى حق الحقوق لم يخلفه فرجعت اليه (و) الحقوق (فيما يضيفه) الوكيل (الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو) الصلح (عن انكار) وكالعتق عن مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة (تتعلق بالموكل) لانه فى هذه الاشياء سفير محض ولهذا لا يستغنى عن اضافته الى الموكل حتى لو أضاف النكاح الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول ثم شرع يبين ما يترتب على هذا الحكم بالفاء

بقوله

لقوله (فلا يطالب وكيله) أى وكيل الزوج (بالمهر) أى بمهر المرأة التى تزوجت بالموكل (و) لا يطالب (وكيلها) أى وكيل المرأة (بتسليمها) أى بتسليم المرأة التى زوجها منه (وللمشترى منع الموكل عن الثمن) يعنى اذا وكل رجلا ببيع شئ فباعه ثم ان الموكل طالب المشترى بالثمن له منعه لان الموكل أجنبى عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا (وان دفع) المشترى الثمن (اليه) أى الى الموكل فى المسئلة المذكورة (صح) دفعه (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لان المقبوض حقه وبرئت ذمة المشترى لوصول الثمن الى مستحقه ولهذا لو كان للمشترى دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له دين عليهما تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل وقال أبو يوسف لا تقع المقاصة بدين الوكيل بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشترى الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن الى الوصى ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله أصلا فلا يكون له الاخذ من الدين فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتد به وبخلاف الوكيل فى الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد قبضه والله أعلم بالصواب

هذا (باب) فى بيان أحكام (الوكالة بالبيع والشراء)

الاصل أن الجهالة الفاحشة وهى الجهالة فى الجنس تمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن أولا كما لو وكله فى شراء ثوب أو دابة ونحوهما والجهالة اليسيرة لا تمنع وهى ما كانت فى النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس أو حمار أو ثوب هروى أو مروى ونحوهما والجهالة التى بين الجنس والنوع ان بين الثمن لا تمنع كما لو وكله بشراء عبد أو جارية أو بين النوع بأن قال عبدا تركيا أو حبشيا ونحوهما وان لم يبين واحدا منهما لم يجز (أمره) أى أمر رجل رجلا (بشراء ثوب هروى) أى منسوب الى هراة مدينة بخراسان فتحت فى زمن عثمان رضى الله عنه (أو) أمره بشراء (فرس أو بغل صح) التوكيل لانه لم تبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا فى الصفة وهى محتملة فى الوكالة وسواء فى ذلك (سمى ثمنا أولا) أى أو لم يسم لانه ببيان جنس المثمن يصير معلوما عادة وفى قول عن الشافعى ورواية عن أحمد لا تصح هذه الوكالة (و) لو أمره (بشراء عبد أو دار صح) التوكيل (ان سمى ثمنا) لانه يعلم بذكر الثمن من أى نوع مقصوده (والا) أى وان لم يسم الثمن (لا) يصح لانه حينئذ يلتحق بجهالة الجنس (و) لو أمره (بشراء ثوب أو دابة لا) يصح (وان سمى ثمنا) لان هذه جهالة الجنس فلا يصح لما ذكرنا والجنس ما يدخل تحته أنواع متغايرة والنوع ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل كل اسم ينتظم شيأ نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه هذا الذى ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم فان كان فيه دلالة عليه كقوله ابتع لى ما رأيت جازت الوكالة فأى شئ اشتراه يكون ممتثلا به وكذا لو قال اشترلى بألف ثيابا أو دواب أو أشياء أو ما شئت أو ما رأيت أو أدنى شئ حضرك أو ما وجدت أو ما يتفق (و) لو أمره (بشراء طعام يقع على البر) يعنى ينصرف الى القمح (ودقيقه) حتى لا يكون له أن يشترى غيرهما من الطعام والقياس أن يتناول كل مطعوم لانه اسم له وبه قالت الثلاثة وعليه الفتوى قاله الصدر الشهيد وقيل ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى الدقيق واذا لم

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

يدفع اليه الدراهم وقال اشترلي طعاما مالم يجز على الآمر لانه وكله أن يشترى له مكيلا ولم يبين له مقدارا وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمى له (وللوكيل الرد) أى رد المبيع (بالعيب مادام المبيع في يده) يعنى من غير أمر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها تتعلق به دون الموكل (فلو سلمه) أى فلو سلم الوكيل المبيع (الى الآمر) وهو الموكل (لا يرده) أى لا يرد الوكيل المبيع بالعيب (الا بأمره) أى بأمر الموكل لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم اليه (و) للوكيل أيضا (حبس المبيع) الذى اشتراه عن الموكل (لثمن) أى لاجل ثمن (دفعه) الوكيل (من ماله) وهذا ليس بقيد بل وقع اتفاقا فانه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبسه عنه وقال زفر ليس له ذلك لان قبضه كقبضه فكأنه سلمه اليه فيسقط حق الحبس وبه قالت الثلاثة ولنا أنه كالبائع من الموكل فيثبت له حق الحبس (فلو هلك) المبيع (في يده) أى في يد الوكيل (قبل حبسه) عن الموكل (هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان الوكيل عامل له فيصير الموكل قابضا بقبضه حكما (وان هلك المبيع (بعد حبسه) أى بعد حبس الوكيل (فهو) أى فحكمه في الهلاك (كالمبيع) يعنى يهلك بالثمن عندهما وعند أبي يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين لانه حبسه للاستيفاء بعد ان لم يكن محبوسا وهو معنى الرهن وقال زفر هو كالغاصب فيضمن جميع قيمته لانه ليس له أن يحبسه عنده فبالحبس يكون متعديا وبه قالت الثلاثة ولهما أنه بمنزلة البائع من الموكل فكان حبسه لاجل استيفاء الثمن فيسقط الثمن بهلاكه وتوضيحه اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل ويتقاصان العشرة بالعشرة عند من يقول بضمان الرهن ويرجع الموكل على الوكيل بمثله ان كان مثليا أو بجميع قيمته عند من يقول بضمان الغصب واذا كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يتقاصان بالعشرة والخمسة أمانة في يد الوكيل عند من يقول بضمان الرهن ويرجع الوكيل على الموكل بمثله ان كان مثليا أو بخمسة عند من يقول بضمان الغصب واذا كان الثمن والقيمة على السواء يرجع بمثله على الوكيل ويطالبه الوكيل بالثمن وان لم يكن مثليا يتقاصان عند من يقول بضمان المبيع ويسقط الثمن كله ولا يجب شئ فافهم (ويعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم) لانه هو العاقد فاذا قبضه تم العقد وان فارقه قبل القبض بطل العقد لفقد شرطه (دون الموكل) يعنى لا يعتبر مفارقته قبل القبض لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول غير قبض العاقد فلا يجوز قال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد أما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهرزاده قال الشارح هذا مشكل فان الوكيل أصيل في البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر قلت هذا ليس بمشكل فان الوكيل نائب عنه فاذا حضر الاصيل فلا يعتبر النائب (ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى) الوكيل (عشرين رطلا بدرهم مما) أى من اللحم الذى (يباع منه عشرة) أرطال (بدرهم لزم) في هذا البيع (الموكل منه) أى من اللحم (عشرة) أرطال (بنصف درهم) عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه العشرون بدرهم لانه فعل المأمور وزاده خيرا وبه قالت

الثلاثة

الثلاثة وله أنه مأمور بشراء أرطال مقدرة وليس بمأمور بشراء الزيادة فينفذ الشراء بالنصف وانما قيد بقوله من ذلك اللحم احترازا عما اذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم لا يساوى ذلك فانه يصير مشتريا لنفسه بالاجماع (ولو وكله) أى شخصا (بشراء شئ بعينه) بأن وكله أن يشترى له هذا العبد أو هذه الدابة مثلا (لا يشتريه) الوكيل (لنفسه) لانه غرور قال الشارح معناه لا يتصور ان يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوى بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه كان المشترى له لان له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ذلك بغير علمه لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها لان النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها مطلق غير مقيد بالاضافة الى أحد فكل شئ أتى به لا يكون مخالفا به ولو وكله رجل آخر بأن يشترى له ذلك الشئ بعينه فاشتراه له كان للموكل الاول دون الثانى لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى ان لا يملك الشراء لغيره (فلو اشتراه) الوكيل (بغير النقود) بأن اشتراه بالعرض أو الحيوان (أو) اشتراه (بخلاف ما سمى) الموكل له (من الثمن) بأن قال بألف مثلا فاشتراه بألفين (وقع) العقد (للوكيل) لانه خالف أمره فينفذ عليه وينعزل فى ضمن المخالفة (وان كان) وكله بشراء شئ (بغير عينه) فاشتراه (فالشراء) يقع (للوكيل الا أن ينوى) وقت الشراء أنه (للموكل أو يشتريه) الوكيل (بماله) أى بمال الموكل وان أراد أن يضيف العقد اليه وهذا لا يخلو اما أن أضاف الشراء الى دراهم نفسه أو الى دراهم الموكل ففى الاول يقع الشراء له وفى الثانى كان للموكل وان أضافه الى دراهم مطلقة يرجع الى نيته فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه وان تكاذبا فى النية حكم بالنقد اجماعا وان توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد هو للوكيل وقال أبو يوسف يحكم بالنقد فيه كما فى التكاذب (وان قال) المأمور (اشتريت) هذا (للآمر) أى الموكل (وقال الآمر) اشتريته (لنفسك فالقول للآمر) ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل الا فى وجه للشافعية ورواية عن أحمد ان القول للمأمور (وان كان دفع اليه) أى الى الوكيل (الثمن فللمأمور) أى فالقول للمأمور بالاجماع قال الشارح هذه المسئلة على ثمانية أوجه اما ان يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل وجه على وجهين اما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان أخبر بشرائه والعبد حى قائم فالقول للمأمور اجماعا منقودا كان الثمن أو غير منقود وان كان ميتا حين أخبر فقال هلك عندى بعد الشراء وأنكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند أبى حنيفة وقالا للمأمور (وان قال) رجل لآخر (بعنى) أى بع لاجلى (هذا) العبد مثلا (لفلان) فانى اشتريته له (فباعه) أى فباع فلان العبد منه (ثم أنكر) المشترى (الآمر) يعنى أنكر أن

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

يكون فلان أمره بذلك وقال فلان أنا أمرته (أخذه) أى العبد (فلان) لان قوله يعنى لفلان اقرار منه بأنه وكله فاذا أنكر الوكالة بعده صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل (الا أن يقول) فلان المشترى له (لم آمره به) أى بالشراء فحينئذ لا يأخذه بل يكون للمشترى لان اقرار المشترى ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشترى (الا أن يسلمه المشترى اليه) أى الى فلان المشترى له فيكون له بالتسليم وهذا استثناء من الاستثناء فالاستثناء الاول حكمه النفى والاستثناء من النفى اثبات (وان أمره) أى وان أمر شخص شخصا (بشراء عبدين عينين) أى معينين (و) الحال أنه (لم يسم) ثمنا (فاشترى) المأمور (له) أى للآمر (أحدهما) أى أحد العبدين (صح) الشراء له لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز أن يشترى كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن أو أقل أو بزيادة يتغابن الناس فى مثله وليس له أن يشترى بما لا يتغابن الناس فيه لان الوكيل بالشراء ليس له أن يشترى بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند أبى حنيفة على ما يجىء ان شاء الله تعالى (ولو) أمره (بشرائهما) أى شراء عبدين معينين (بألف و) الحال أن (قيمتهما سواء فاشترى) المأمور (أحدهما) أى أحد العبدين (بنصفه) أى بنصف الالف (أو أقل) من نصف الالف (صح) الشراء (و) لو اشترى أحدهما (بالاكثر) من نصف الالف (لا) يصح يعنى لم يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت (الا أن يشترى) العبد (الثانى بما بقى) من الالف الثمن (قبل الخصومة) أى قبل أن يختصما ويتنازعا فيه هذا عند أبى حنيفة وقالا ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فى مثله وقد بقى من الالف ما يشترى بمثله العبد الباقى فهو جائز لان غرضه ملك العبدين فاذا بقى من الثمن ما يمكن شراء الآخر به يحصل غرضه فلا يكون مخالفا وله انه أضاف الالف اليهما على السواء فيقتضى الانقسام عليهما على السواء فصار كأنه نص على شراء كل منهما بخمسمائة ولو كان كذلك لا تجوز الزيادة فكذا هذا وقيد بقوله بالاكثر لانه اذا اشترى أحدهما بخمسمائة أو اقل صح خلافا للثلاثة (و) لو أمر رجل مدنونه (بشراء هذا) العبد مثلا (بدين له) اى للآمر (عليه) أى على المأمور (فاشترى) المديون المامور ذلك (صح) الشراء ولزم الموكل (ولو) أمره بشراء عبد (غير عين) فاشترى (نفذ على المأمور) ولا ينفذ على الآمر حتى لو مات العبد عند المأمور مات من مال المأمور والالف عليه فان قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو لازم للآمر فى الوجهين وعلى هذا اذا قال الداين للمدين أسلم الدين الذى لى عليك الى فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده خلافا لهما فعندهما يجوز كيفما كان وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين وأصله ان التوكيل بالشراء اذا أضيف الى دين لا يصح عند ابى حنيفة اذا لم يكن البائع أو المبيع معينا وعندهما يصح كيف ما كان لهما ان النقدين لا يتعينان فى المعاوضات عينا كانا أو دينا ولهذا لو اشترى شيأ بدراهم على المشترى ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد به سواء وله ان النقود تتعين فى الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا وأما مسئلة التصادق بان لا

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

دين عليه بعد الشراء به فلان النقد لا يتعين فى البيع دينا كان أو عينا فاذا لم يتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين اذ لم يتقيد به بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها وكلامنا فيها وفى النهاية ان النقود لا تتعين فى الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم وعزاه الى الزيادات والذخيرة (و) لو أمره (بشراء أمة بألف) درهم (دفع اليه فاشترى فقال) الآمر (اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور) اشتريتها (بألف فالقول للمأمور) اذا كانت الامة تساوى ألفا لانه أمين يدعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه حق الرجوع بخمسمائة والمأمور ينكر فكان القول قوله وان كانت تساوى خمسمائة لا يلزم الآمر لانه خالف أمره (وان لم يدفع) الآمر الالف الى المأمور والمسئلة بحالها (فللآمر) أى فالقول للآمر وتلزم الامة المأمور وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسمائة فظاهر لما ذكرنا من المخالفة وان كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لانهما اختلفا فى مقدار ما يجب للوكيل على الموكل ثم اذا حلفا يفسخ العقد بينهما وتلزم الجارية المأمور لانتقاض ملك الآمر بالفسخ (و) لو أمره (بشراء هذا) العبد مثلا (ولم يسم ثمنا فقال المأمور اشتريته) أى العبد (بالف وصدقه البائع) على ذلك (وقال الآمر) اشتريته (بنصفه) وهو خمسمائة (تحالفا) لانهما اختلفا فى مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما فى المسئلة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد فى الحال وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الخلاف والى هذا مال الفقيه أبو جعفر وقال قاضيخان وهو الاصح ومال أبو منصور الى الاول وقال فى الهداية وهو الاظهر وقال فى الكافى وهو الصحيح (و) لو أمره (بشراء نفس الآمر) بان كان عبدا فأمره أن يشتريه (من سيده بألف) درهم (ودفع) الالف الى الوكيل (فقال) الوكيل (لسيده) وقت الشراء (اشتريته) أى العبد (لنفسه فباعه) السيد على هذا (عتق) العبد (وولاؤه لسيده) لان بيع نفس العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن فاذا اشتراه الوكيل صار البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه (وان قال) الوكيل (اشتريته) ولم يبين انه يشتريه لنفس العبد (فالعبد) يصير ملكا (للمشترى) وهو الوكيل (والالف) الذى أخذه من العبد ودفعه الى المولى كان (لسيده) لانه كسب عبده (وعلى المشترى ألف مثله) أى مثل الالف الاول لاجل الثمن لان الاداء بطل لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى وهو انه كسب عبده فكان ملكا له قبل الشراء وعلى الوكيل ألف لانه عاقد ومالك للعبد وفى المسئلة الاولى المال على العبد دون الوكيل وذكر محمد فى وكالة الجامع الكبير ان العبد يعتق والمال على الوكيل والصحيح الاول (وان قال) رجل (لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال) العبد (للمولى بعنى نفسى لفلان ففعل) أى باعه المولى على هذا الشرط (فهو) أى العبد كان ملكا (للآمر) لان العبد اضاف العقد للآمر فصار ملكا له (وان لم يقل) العبد (لفلان) حين قال بعنى نفسى (عتق) لانه أضاف الشراء الى نفسه فكان اعتاقا على مال وكذا لو أطلق بأن قال بعنى نفسى ولم يقل لى ولا لفلان ثم الثمن هنا يكون فى ذمة العبد فى الوجهين دون ذمة الآمر أما اذا وقع الشراء له فظاهر وأما اذا وقع للآمر فلانه هو المباشر للعقد فترجع الحقوق اليه فيطالب

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

بالثمن ويرجع به هو على الآمر فان قلت هو مجبور عليه والوكيل اذا كان مجبورا عليه لا ترجع الحقوق اليه قلت قد زال الحجر هنا بالعقد الذى باشره مقترنا باذن المولى ثم ان كان الشراء للآمر فلابد من قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العبد بعد قوله بعنى نفسى لانه اعتاق فيستبد به المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفى العقد فى العتق كالنكاح ولا يتولى طرفى العقد فى البيع فافهم هذا * (فصل) * فيما يتصرف الوكلاء من التصرفات الفاسدة وغيرها (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) أى للوكيل مثل قرابة الولاد وأحد الزوجين للآخر وعبيده عند أبى حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه لانه أتى بما وكل به والاملاك منهم متباينة فكان عاقدا مع غيره بخلاف العبد والمكاتب وبه قال أحمد فى رواية والشافعى فى وجه وله أنه لا يعرى عن التهمة وهى مستثناة عن الوكالة والصرف والسلم والاجارة ونحوها على هذا الخلاف وفى النهاية أن الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند أبى حنيفة خلافا لهما وان كان بمثل القيمة فعن أبى حنيفة روايتان فى رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفى رواية المضاربة يجوز (وصح بيعه) أى بيع الوكيل (بما قل وكثر) يعنى بالقليل والكثير (و) صح بيعه أيضا (بالعرض والنسيئة) يعنى الى أجل عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فى مثله ولهذا لا يجوز الا بالدراهم حالة أو الى أجل متقارب وهو رواية عن أبى حنيفة رواها الحسن عنه وهو قول الثلاثة أيضا لان المطلق يحمل على المتعارف وهو البيع بمثل القيمة أو بغبن يسير وله انه وكله بالبيع المطلق وهذا بيع مطلق فينفذ عليه (وتقيد شراؤه) أى شراء الوكيل (بمثل القيمة) حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع (وزيادة) أى وبزيادة على القيمة بما (يتغابن فيها) بين الناس (وهو) أى الغبن الذى هو اليسير الذى لا يخلو عنه عقود الناس (ما يدخل تحت تقويم المقومين) وما لا يدخل تحت تقويمهم غبن فاحش وقيل حد الفاحش فى العروض نصف عشر القيمة وفى الحيوان عشر القيمة وفى العقار خمس القيمة وفى الدراهم ربع عشر القيمة وقيل لا يتحمل الغبن اليسير أيضا وهذا ليس بشئ هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا (ولو وكله) أى ولو وكل رجل رجلا (ببيع عبده فباع نصفه صح) البيع عند أبى حنيفة لان اللفظ مطلق فيجوز مجتمعا ومتفرقا وقالا لا يجوز لان فيه ضرر الشركة وبه قالت الثلاثة (و) لو وكله (فى الشراء) أى بأن يشترى له عبدا فاشترى نصفه (يتوقف) شراؤه (ما لم يشتر) النصف (الباقى) فاذا اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل وهذا بالاجماع قاله الشارح قلت فيه خلاف زفر والثلاثة فان عندهم لا ينفذ البيع الا فى قول للشافعى رحمه الله تعالى ورواية عن أحمد (ولو رد المشترى المبيع على الوكيل بالعيب ببينة) أقامها المشترى عليه (أو نكول) من الوكيل حين توجه عليه اليمين (رده) الوكيل أيضا (على الآمر) وهو الموكل لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر فى النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الآمر (وكذا) الحكم فيما اذا

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

ردّه المشترى على الوكيل (بلاقرار) منه لكن (فيما لا يحدث) أى فى العيب الذى لا يحدث والحاصل فى هذا أنّ العيب لا يخلو اما أن لا يكون حادثا كالسنّ الزائدة والاصبع الزائدة أو يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله فى مثل تلك المدة أو يحدث فى مثلها فان كان غير حادث ردّه القاضى بغير حجة من بينة أو نكول أو اقرار وكذا اذا كان حادثا لكنه لا يحدث فى مثل هذه المدة ردّه القاضى بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البائع وانما شرط الشيخ البينة أو النكول أو الاقرار لانّ الحال قد يشتبه على القاضى بأن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء أو النساء وقولهم حجة فى توجه الخصومة لا فى الردّ حتى لو كان القاضى عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شئ منها وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة أو نكول لانّ البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة فى حقه فيردّه عليه ثم فى هذه المواضع كلها ردّ القاضى على الوكيل يكون ردّا على الموكل وان ردّ عليه فى هذا النوع باقرار بقضاء القاضى لا يكون ردّا على الموكل لانّ الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدّى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له أن يخاصم الموكل فيردّه عليه ببينة أو بنكوله وان ردّ عليه باقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يردّه على الموكل لانه اقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا ردّه عليه باقراره بقضاء قاض لانّ الردّ حصل بقضاء فكان مكرها فانعدم التراضى وهو شرط فى المعاوضات المالية فجعل فسخا فى حق الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث انّ الردّ فسخ كان للوكيل أن يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لزم الوكيل الا أن يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث أو كان حادثا الا أنه لا يحدث مثله فى تلك المدة فردّه على الوكيل باقرار بغير قضاء لزم الوكيل وليس له أن يخاصم الموكل (وان باع الوكيل (بنسيئة) أى الى أجل (فقال) الموكل (أمرتك بنقد) أى حال (وقال المأمور) وهو الوكيل (أطلقت) أى أمرتنى ببيعه مطلقا ولم تقل شيأ (فالقول للآمر) وهو الموكل لانّ مبنى الوكالة على التقييد حتى لا يصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن (و) فى الاختلاف (فى المضاربة) بأن قال رب المال أمرتك أن تبيعه بنقد وقال المضارب أطلقت كان القول (للمضارب) لانّ الاصل فيها الاطلاق والعموم فكان القول له بخلاف ما اذا ادّعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما (ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع) الرهن (أو) أخذ (كفيلا فتوى) أى هلك المال (عليه) أى على الوكيل (لم يضمن) الوكيل قال صاحب الهداية ومن أمر رجلا ببيع عبد فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لانّ الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن وقال صاحب النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لانّ التوى لا يتحقق فى الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فانّ التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين قلت المراد بالتوى توى يضاف الى أخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضى مالكيا ويحكم به بموت الكفيل مفلسا وقول صاحب النهاية ليس بشئ لان الدين لا يتوى فى الحوالة بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فافهم (ولا يتصرف أحد الوكيلين) اذا وكلهما معا حال كونه (وحده) لانه مارضى الا برأيهما جميعا (الا) انه يجوز أن يتصرف أحدهما وحده (فى خصومة) عندنا وقال زفر لا يجوز لانه محتاج الى الرأى والموكل لم يرض برأى أحدهما وبه قالت الثلاثة ولنا ان اجتماعهما على ذلك يؤدى الى الشغب والتشويش فيباشر أحدهما برأى الآخر حتى لو باشر أحدهما بدون رأى الآخر لا يجوز عندنا (و) فى (طلاق) أيضا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف الا اذا قال طلقاها ان شئتما أو جعل أمرها بارادتهما فحينئذ يكون تفويضا أو تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق وكذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع (و) فى (عتاق) أيضا يجوز لاحدهما الانفراد بالتصرف وقوله (بلا بدل) يرجع الى الطلاق والعتاق جميعا وقيد به لانه اذا كان التوكيل للاثنين فى الطلاق ببدل أو العتاق ببدل لا يجوز انفراد أحدهما لانه يحتاج فيه الى الرأى (و) فى (رد وديعة) ايضا يجوز الانفراد لانه لا يحتاج فيه الى الرأى بخلاف اذا وكلهما باستردادها حيث لا يكون لاحدهما أن يقبض بدون صاحبه لان للموكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبض أحدهما ضمن كله (و) فى (قضاء دين) أيضا يجوز الانفراد نحو رد الوديعة واقتضاؤها مثل استردادها (ولا يوكل) الوكيل يعنى ليس له أن يوكل (الا باذن) من الموكل (أو باعمل) أى أو قال له اعمل (برايك) لانه رضى برأيه دون رأى غيره فلا يملكه بدون التفويض وعند الشافعى ومالك لا يملك بهما أيضا الا ان عجز عن مباشرته بنفسه فاذا فوض اليه ووكل كان الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للاول أن يعزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل وهو نظيرا ستخلاف القاضى حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضى الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته (فان وكل) الوكيل (بلا اذن الموكل فعقد) الوكيل الثانى (بحضرته) أى بحضرة الوكيل الاول (أو باع أجنبى فاجاز) بيعه الوكيل الاول (صح) فى الوجهين لان مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل واختلفوا فى العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثانى بحضرة الاول فذكر البقالى فى فتاواه ان الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبى وذكر فى حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثانى وهو الصحيح لانه هو العاقد والوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الآمر علقه بلفظ الاول دون الثانى وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه (وان زوج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع) واحد من هؤلاء (لها) أى للصغيرة الحرة المسلمة (أو اشترى) لها (لم يجز) لانه لا ولاية لهؤلاء ألا ترى أن العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم ولا فرق بين أن يكون الكافر ذميا أو حربيا واما المرتد فان ولايته على أولاده وأمواله موقوفة بالاجماع

* هذا

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

هذا (باب) في بيان أحكام (الوكالة بالخصومة والقبض)

أي قبض الدين ونحوه (الوكيل بالخصومة والتقاضي) أي الطلب وهو تفاعل من قضى دينه واقتضيت منه ديني أي أخذته (لا يملك القبض) هذا مذهب زفر وعليه الفتوى لانه اختاره في المتن واختاره السرخسي وهو قول الثلاثة أيضا وذلك لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض وعند علمائنا الثلاثة يملك القبض عينا كان أو دينا لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه واتمام الخصومة والتقاضي يكون بالقبض ومالم يقبض فالخصومة قائمة (و) الوكيل (بقبض الدين يملك الخصومة) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عند أبي حنيفة لان ما يقبضه الوكيل ملك المطلوب فيكون الامر به أمرا بالتملك فينتصب خصما كالوكيل بقبض الشفعة وعندهما وزفر والثلاثة لا يكون وكيلا بها الا في قول للشافعي ورواية عن أحمد يكون وكيلا بها لان التوكيل يتناول قبض الدين لا غير وكذا اذا جحد الغريم وأقام الوكيل البينة عليه تقبل عند أبي حنيفة خلافا لهما (و) الوكيل (بقبض العين لا) يملك الخصومة ثم فرع عليه بالفاء بقوله (فلو برهن ذو اليد) أي أقام بينة (على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه) أي باع له الشيء الذي يدعي الوكيل قبضه لم تقبل بينته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فاذا كان كذلك (وقف الامر حتى يحضر الغائب) وهو الموكل فاذا حضر أمر الخصم باعادة البينة على ما ادعى به لان البينة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فحسب فيقبل في حقه فتقصر يده عنه كما اذا أقام الخصم البينة أن الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر اليد (وكذا) الحكم في (الطلاق) بأن أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها أن الزوج طلقها ثلاثا لا يقبل في حق وقوع الطلاق ويقبل في حق قصر يد الوكيل عنها فيتوقف الامر الى أن يحضر الزوج (و) في (العتاق) بأن أقام العبد البينة على الوكيل بنقله أن المولى قد أعتقه لا تقبل في حق وقوع العتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنه فيتوقف الامر الى أن يحضر المولى وهذا بالاجماع استحسانا (ولو أقر الوكيل بالخصومة) على موكله (عند القاضي صح) اقراره عليه وينفذ عليه وقال زفر لا يصح ولا ينفذ لانه أتى بغير المأمور به لانه مأمور بالخصومة عنه في مجلس القاضي وما أتى به من الاقرار جواب فلا يصح وبه قالت الثلاثة وهو قول أبي يوسف أولا ولنا أن التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا ويراد بالخصومة مطلق الجواب عرفا مجازا لانه سببها فذكر السبب وارادة المسبب سائغ شائع (والا) أي وان أقر عند غير القاضي (لا) يصح عندهما وقال أبو يوسف يصح ولا يشترط حضور مجلس الحكم لانه نائبه فصار اقراره كاقراره ينفذ أينما وجد ولهما أنه وكيل لجواب الخصم بطريق المجاز والجواب المعتبر في الحكم هو الجواب في مجلس القاضي لا في غيره ولو استثنى الموكل بالخصومة الاقرار فعن أبي يوسف انه لا يصح وعن محمد انه يصح وعن محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه في الطالب دون المطلوب ولو أقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

اقراره (وبطل توكيل الكفيل بمال) صورته اذا كان لرجل دين على آخر وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذى عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذى يعمل لغيره ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته فانعدم الركن فبطل فان قلت الدائن اذا وكل المدين بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته قلت هذا تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله لامرأته طلقى نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين وهلك فى يده لم يهلك على الطالب ولو ابراه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كالوكفل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فأجازه لم يجز وقيد بقوله الكفيل بمال لانه يجوز توكيل الكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد يقوم بهما (ومن ادعى انه وكيل الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم) انه وكيله (أمر) الغريم (بدفعه) أى بدفع الدين (اليه) أى الى مدعى الوكالة عن الغائب لانه أقر على نفسه ان ما يقبضه من المال ماله وعند الثلاثة لا يؤمر (فان حضر الغائب فصدقه) على ذلك فلا كلام (والا) أى وان لم يصدقه (دفع اليه) أى الى الغائب الذى حضر (الغريم الدين) دفعا (ثانيا) لانه بانكار الوكالة لم يثبت استيفاء الدين والقول قوله فى الانكار مع يمينه (ورجع) الغريم (به) أى بالدين الذى دفعه (على الوكيل لو) كان الذى قبضه (باقيا) فى يده لان غرضه ليس مجرد الدفع بل تحصيل براءة الذمة ولم يحصل فكان له نقض ذلك القبض (وان ضاع) أى المقبوض فى يد الوكيل (لا) يرجع عليه بشئ لانه لما صدقه فى الوكالة فقد اعترف أنه محق بالقبض والظالم هو الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره (الا اذا ضمنه) بتشديد الميم أى الا أن يكون قد ضمنه اياه (عند الدفع) الى الوكيل بأن يقول للوكيل نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد ويؤخذ منى ثانيا فهل أنت كفيل عنه بما أخذه منى ثانيا فيضمن الوكيل ذلك المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه الا أنه ليس للمدبون أن يضمن الوكيل مالم يأخذ الطالب مقدار الدين لان هذه كفالة أضيفت الى حالة القبض فلم يكن كفيلا قبل ذلك ويجوز تخفيف الميم فى ضمنه على معنى الا أن يضمن الوكيل المال الذى أخذه منه (اولم يصدقه) أى أولم يصدق الغريم مدعى الوكالة (على الوكالة ودفعه) أى الدين (اليه) أى الى مدعى الوكالة بناء (على ادعائه) فى الصورة المذكورة يضمن الوكيل للغريم أيضا لانه دفعه اليه على رجاء أن يجيز الغائب فاذا حضر ولم يجز انقطع رجاؤه فيرجع عليه بما دفعه اليه مكذبا له فى الوكالة ولا فرق فى ذلك بين أن يكذبه صريحا أو يسكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين وليس له أن يسترد المدفوع فى الوجوه كلها قبل أن يحضر الطالب وان مات الموكل وورثه غريمه أووهبه له وهو قائم فى يد الوكيل أخذه منه فى الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا ضمن الا فى صورة واحدة وهو ما اذا صدقه فى الوكالة وان أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فللوكيل أن يحلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن أبى حنيفة انه لا يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة (ولو قال انى وكيل بقبض الوديعة) أى وديعة فلان مثلا (فصدقه المودع) على الوكالة (لم يؤمر) المودع (بالدفع اليه) أى الى مدعى الوكالة اجماعا لان ذلك اقرار بمال الغير فلا يصح لما فيه من ابطال حقه فى العين بخلاف ما اذا ادعى

انه

انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بمال نفسه اذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ولو هلكت الوديعة عنده بعدما منع قيل لايضمن ولو سلمها اليه فهلكت فى يده وأنكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه متعد بالتسليم اليه وله أن يحلف المودع انه ماوكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له أن يرجع على الوكيل الا اذا ضمنه وقت الدفع له على ما بينا فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت العين قائمة أخذها فى الصور كلها (وكذا) الحكم (لو ادعى) رجل (الشراء) أى شراء الوديعة من صاحبها (وصدقه) المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول (ولو ادعى) رجل (ان المودع) بكسر الدال (مات وتركها) أى الوديعة (ميراثا له وصدقه) المودع بفتح الدال (دفع) المودع الوديعة (اليه) أى الى المدعى المذكور لان ملكه قد زال بموته واتفقا أنه مال الوارث فيدفعه اليه (فان وكله) أى وكل رجل رجلا (بقبض ماله) على غريمه (فادعى الغريم) على الوكيل (ان رب المال أخذه) منى (دفع المال) يعنى يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته ثبتت بقوله أخذه رب المال اذلم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفاء وفى ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة فيؤمر بالدفع اليه كما لو أقر بالوكالة صريحا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم أن الموكل استوفى منه لم يحلف لان اليمين لا تجرى فيها النيابة وفيه خلاف زفر (واتبع) الغريم (رب المال واستحلفه) لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو أقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة (وان وكله) أى وان وكل رجل رجلا (بعيب) أى بسبب عيب (فى أمة) قد اشتراها (فادعى البائع رضا المشترى) بالعيب (لم يرد) الوكيل الامة (عليه) أى على البائع (حتى يحلف المشترى) لانه لم يتيقن بثبوت حقه فى الرد لاحتمال انه رأى العيب ورضى به وقت التسليم بخلاف مسئلة الدين لان حق الطالب فى الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع على الوكيل استيفاؤه مالم يثبت للغريم مايسقطه (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم) (ينفقها على أهله فانفق) المدفوع اليه وهو الوكيل (عليهم) أى على أهل الدافع وهو الموكل (عشرة) دراهم (من عنده) يعنى من دراهم نفسه (فالعشرة) المدفوعة (بالعشرة) المنفقة من عنده يعنى تكون هذه بهذه استحسانا والقياس أن يكون متبرعا لانه خالف أمره فيرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر لانه لا يستصحب معه دراهم الآمر فى كل وقت فلا يجعل متبرعا فيقع التقاص والله أعلم بالصواب

هذا (باب) فى بيان أحكام (عزل الوكيل) عن الوكالة

للموكل عزله عنها متى شاء لانه حقه الا اذا تعلق بها حق الغير بأن وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فانه لا يملك عزله فى هذه الحالة فصار كالوكالة المشروطة بيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا أو كانت من غير التماس الطالب وعلى هذا قالوا اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وفى الصحيح له عزله وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة وقيل

ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول (وتبطل الوكالة بعزله) أى بعزل الوكيل (ان علم) الوكيل (به) أى بالعزل وقال الشافعى ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل وهو أظهر قوليه وبه قال مالك وأحمد وفى قول عنهم لا ينعزل الا بالعلم كمذهبنا لانه نهى عن التصرف فلا يثبت حكمه بدون علمه كالنهى الشرعى (وموت أحدهما) بالجر عطفا على قوله بعزله أى تبطل الوكالة أيضا بموت أحدهما الوكيل أو الموكل لقيامها بهما (وجنونه) أى تبطل أيضا بجنون الوكيل جنونا (مطبقا) أى مستوعبا وحده شهر عند أبى يوسف لانه يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات وعند محمد حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة (ولحوقه) أى وتبطل أيضا بلحوق الوكيل دار الحرب حال كونه (مرتدا) وأراد أن يحكم الحاكم بلحاقه لانه كالموت حكما وأما قبل ذلك فموقوفة عند أبى حنيفة فان أسلم نفذت وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته وهذا اذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن فان عاد المرتد مسلما بعد اللحاق بدار الحرب وكان وكيلا فهو على وكالته عند محمد خلافا لابى يوسف وان كان هو الموكل لا تعود الوكالة فى الظاهر وعن محمد انها تعود (وافتراق الشريكين) بالجر أيضا أى وتبطل الوكالة بافتراق الشريكين وان لم يعلم الشريك به لانه عزل حكمى والعزل الحكمى لا يشترط فيه العلم ثم هذا لا يخلو عن وجهين الاول أن ينعزل كل منهما عن الوكالة التى تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق والثانى ان أحد الشريكين أو كلاهما لو وكل من يتصرف فى المال جاز على ما عرف فاذا افترقا انعزل هذا الوكيل فى حق غير الموكل منهما اذ لم يصرحا بالاذن فى التوكيل (وعجز موكله) بالجر أيضا أى تبطل الوكالة بعجز موكل الوكيل (لو) كان الموكل (مكاتبا وحجره) بالجر أيضا أى تبطل الوكالة بحجر الموكل أى بانحجاره (لو) كان عبدا (مأذونا) له فى التجارة فحجر عليه علم بذلك أو لم يعلم هذا اذا كان وكيلا فى العقود والخصومات وأما الوكيل فى قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر المأذون له لان العجز والحجر لا يوجبان الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا ينعزل (وتصرفه) بالجر أيضا أى وتبطل الوكالة بتصرف الموكل (بنفسه) فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل أن يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه أو يدبره أو يكاتبه وان لم يعجز عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها حتى لو وكله بطلاق امرأته فطلقها هو ثلاثا أو واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل أن يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما يتمكن من الايقاع بعده بسبب جديد ولم يوجد ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل ولو وكله ببيع شئ فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية وخيار شرط أو عيب بقضاء أو لفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء أو اقالة لا تعود الوكالة لانه بيع جديد فى حق ثالث والوكيل ثالثهما

والوكالة

والوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الدعوى)

هي فعلى من الدعاء وهو الطلب والفعل منه ادّعى يدّعى فهو مدّع والعين الذى يدّعيه مدّعى ولا يقال مدّعى فيه وبه والدعوة بالكسر فى النسب وبفتحها الدعاء الى الطعام وبضمها فى دار الحرب وألف الدعوى للتأنيث فلا ينوّن وتجمع على دعاوى بفتح الواو ولاغير كفتوى وفتاوى وقيل الدعوى فى اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب الشئ على غيره الا أن اسم المدّعى يتناول من لاحجة له فى العرف ولا يتناول من له حجة فان القاضى يسميه مدّعيا قبل اقامة البينة وبعدها يسميه محقا لامدّعيا ويقال لمسيلمة الكذاب لعنه الله مدّعى النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم مدّعى النبوّة لانه قد أثبتها بالمعجزة وفى الشرع (هى) أى الدعوى (اضافة الشئ الى نفسه) أى ان يدعو الشئ الى نفسه (حالة المنازعة) أى فى حالة الخصومة (والمدّعى) اسم فاعل من ادّعى يدّعى وأصله متدعى لان ثلاثيه دعا فنقل الى باب الافتعال فصار اتدعى فقلبت التاء دالا وأدغمت الدال فى الدال فصار ادّعى وكذلك فى باقى التصرفات وانما أبدلت التاء دالا لانها من المهموسة والدال من المجهورة فالقوى لا يتحوّل الى الضعيف وفى الشرع هو (من اذا ترك) دعواه (ترك) هو ولا يتعرض اليه لان حق الطلب له فاذا تركه لاسبيل عليه (والمدعى عليه بخلافه) أى بخلاف المدّعى وهو من اذا ترك لا يترك بل يجبر وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدّعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من تمسك بالظاهر والاحسن ما قاله الشيخ لكونه جامعا ومانعا (ولا تصح الدعوى حتى يذكر) المدّعى (شيأ علم جنسه وقدره) بالاجماع لانّ الغرض هو الزام المدعى عليه عند قيام البينة ولا الزام فيما لا يعلم جنسه وقدره ودعوى المجهول لا تصح الا فى الابراء وعند الثلاثة تصح أيضا فى دعوى حق ووصية واقرار (فان كان) المدعى (عينا فى يد المدعى عليه كلف) المدعى عليه (احضارها ليشير) المدعى (اليها) أى الى تلك العين (بالدعوى) وذلك فيما يمكن احضاره من المنقولات وان لم يمكن احضاره كالرحى والبستان حضره الحاكم أو بعث أمينه (وكذا) يشترط احضارها (فى) أداء (الشهادة و) فى (الاستحلاف) أى استحلاف المدعى عليه عند عدم البينة (فان تعذر) احضار العين المدعى من المنقولات بان كانت هالكة أو غائبة (ذكر) المدعى (قيمتها) لان غير المقدر لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانها هى المدعاة فى هذه الحالة لصيرورتها دينا فى الذمّة وقال أبو الليث يشترط مع ذلك فى الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين القيمة فقال غصب منى عينا كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته تسمع دعواه لانّ الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا بل فيه أولى لانهم أبعد عن ممارسته (وان ادّعى) المدعى (عقارا ذكر حدوده) لانّ العقار يعرف به مع تعذر الاشارة اليه (وكفت ثلاثة) من الحدود فى الذكر وقال زفر لا يكفى ولابد من ذكر الحدود الاربعة لان التعريف لا يتم الا بها ولهذا لو غلط فى الرابع لا يقبل وبه قالت

الثلاثة ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط فى الرابع لانه يختلف المدعى به ولا يكون
تركها كذلك (و) ذكر (اسماء أصحابها) أى أصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر
انسابهم ليتميزوا عن غيرهم (ولا بد من ذكر الجد) أب الاب أى جد كل واحد من أصحاب الحدود
(ان لم يكن) الرجل (مشهورا) بين الناس هذا عند أبى حنيفة لان تمام التعريف يحصل به
وعندهما اذا كان العقار مشهورا بشهرة الرجل لا يحتاج الى تحديده وان كان الرجل مشهورا
يكتفى بذكره لحصول المقصود (وانه) بالفتح عطف على قوله ذكر حدوده أى وذكر أيضا انه أى
العقار (فى يده) لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار فى يده فلا بد من ذكره
(ولا تثبت اليد فى العقار بتصادقهما) أى بتصادق المدعى والمدعى عليه ان العقار فى يد المدعى
عليه لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله فى يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى أخذه بحكم
الحاكم (بل ببينة) تقام فيه (أو علم القاضى) بذلك لتنتفى تهمة المواضعة (بخلاف المنقول)
لان اليد فيه معاينة فلا حاجة الى اشتراط الزيادة (وانه) بالفتح أيضا أى وذكر للقاضى أنه
(يطالبه) أى المدعى عليه (به) أى بالشئ المدعى لانه لو لم يذكر ذلك ربما يحسب القاضى أنه انما
يذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص عليه (وان كان) المدعى (دينا ذكر وصفه)
بأنه من ذوات الامثال أو من ذوات القيم وذكر جنسه وقدره (و) انه (يطالبه به) أى بذلك
الدين لما ذكرنا (فان صحت الدعوى) على الوجه المذكور (سأل) القاضى (المدعى عليه عنها)
أى عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء (فان أقر) المدعى عليه بما يدعيه المدعى (أو انكر)
المدعى عليه (فبرهن المدعى) أى أقام بينة على دعواه (قضى) القاضى (عليه) أى على المدعى
عليه لوجود الحجة الملزمة للقضاء وهى الاقرار فى الفصل الاول والبينة فى الفصل الثانى (والا) أى
وان لم يقر المدعى عليه أو لم يبرهن المدعى (حلف) المدعى عليه (بطلبه) أى بطلب المدعى لانه
حقه (ولا ترد يمين على مدع) وقال الشافعى ترد فاذا حلف يقضى به وبه قال مالك وأحمد فى غير
الاظهر لان يمين المدعى عليه محتملة ويمين المدعى غير محتملة بل هى دليل على ظهور صدق دعواه
فيحكم بها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال
وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم وأحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف
واللام للاستغراق وليس وراءه شئ آخر حتى يكون على المدعى وقوله عليه الصلاة والسلام
البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم بينهما والقسمة تنافى الشركة ولهذا لا تقبل بينة
ذى اليد وعند الشافعى أيضا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف ويقضى له
لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده
يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبى صالح وأنكر سهيل فلا يبقى
حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للصحاح المشاهير (ولا بينة لذى اليد) أى
لا تقبل بينته (فى الملك المطلق) وهو الذى لا يذكر له سبب (وبينة الخارج احق) من بينة ذى اليد
ان أقاما بينة وقال الشافعى بينة ذى اليد أولى بالعمل بها لان بينته باليد فكانت أولى وبه قال
مالك ولنا ان بينة الخارج أكثر اثباتا لان ملك ذى اليد ظاهر فلا حاجة الى البينة وأما اذا أقاما
البينة فى الملك بسبب كما اذا أقاما البينة على النتاج أو على نكاح امرأة وهى فى يد أحدهما فان

بينة

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

بينة ذى اليد أحق بالاجماع اذا كان سببا لا يتكرر على ما يجيء ان شاء الله تعالى (وقضى) القاضى (له) أى للمدعى (ان نكل) المدعى عليه نكولا (مرة) صريحا (بلا احلف) أى بقوله لا أحلف (او) دلالة كما اذا (سكت) وقال الشافعى لا يقضى بنكوله بل يرد اليمين على المدعى اذا نكل المدعى عليه فان حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روى عن على رضى الله عنه أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما ذكرنا وروى عن على رضى الله عنه أيضا أنه وافق اجماعهم فانه روى عن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى فقال له ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدى على رضى الله عنه فقال له على قالون ومعناه بالرومية أصبت (وعرض) القاضى (اليمين) على المدعى عليه (ثلاثا) أى ثلاث مرات (ندبا) أى من جهة الندب والاستحباب يقول له فى كل مرة انى أعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما له بالحكم لانه موضع خفاء لاختلاف العلماء فيه فان الشافعى لا يراه فاذا كره عليه ولم يحلف حكم عليه اذا علم أنه لا آفة به من طرش وخرس وعن أبى يوسف ومحمد ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضى بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح انه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب ولابد أن يكون النكول فى مجلس القاضى ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف لا يسمعون البينة بعد الحلف وهذا قول مهجور غير مأخوذ به لان عمر رضى الله عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور وقيل عند أبى يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفى النهاية لو اصطلحا على أن المدعى لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شيء على المدعى عليه (ولا يحلف) المدعى عليه (فى نكاح) بأن يدعى على امرأة نكاحا وهى تجحد أو تدعى هى عليه نكاحا وهو يجحد (ورجعة) بأن ادعى بعد انقضاء العدة أنه كان راجعها فى العدة وهى تجحد أو ادعت هى كذلك وجحد هو (وفىء) فى الايلاء بأن ادعى بعد مضى مدة الايلاء أنه فاء اليها فى المدة وهى تجحد أو ادعت المرأة كذلك وجحد هو (واستيلاد) بأن ادعت الامة على مولاها أنها ولدت منه وأنكر المولى ولا يتصور العكس من قبله عليها لان الاستيلاد يثبت باقراره (ورق) بان ادعى على مجهول النسب انه عبده أو ادعى مجهول النسب أنه معتقه (ونسب) بأن ادعى الولد على الوالد أو الوالد على الولد وأنكر الآخر (وولاء) بأن ادعى على معروف النسب أنه معتقه أو ادعى معروف النسب أنه معتقه أو كان ذلك فى الموالاة وهذا كله عند أبى حنيفة لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول بذل واباحة والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء وقالا يستحلف فيها لان النكول كالاقرار والقضاء بالاقرار جائز وكذا بالنكول كما فى الاموال وبه قالت الثلاثة وكان ينبغى هنا قيد وهو أن يقال فى مجرد نكاح يعنى اذا لم يكن المقصود هو المال فأما اذا كان المقصود هو المال كما اذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها بالف وطلقها قبل الدخول بها ولها عليه نصف المهر فانه يستحلف بالاجماع فان نكل قضى عليه بنصف المهر (و) كذا لا يستحلف بالاجماع فى (حد) بأن قال رجل لآخر لى عليك حد قذف وهو ينكر لا يستحلف

لانه يندرئ بالشبهات الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فأنت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد فى أدب القاضى وفى مختصر الاسرار لا يستحلف فى شئ من الحدود خلافا للشافعى فى حد القذف وذكر القدورى فى شرح كتاب الاستحلاف وقد قالوا انه يستحلف فى التعزير لانه فى حكم الاموال ولذلك يصح فيه العفو والابراء (و) كذا لا يستحلف بالاجماع فى (لعان) بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفا يوجب اللعان وأنكر الزوج لا يستحلف لانه فى معنى الحد (قال القاضى الامام فخر الدين) الحسن بن منصور بن أبى القاسم محمود بن عبد العزيز الاوزجندى الفرغانى المعروف بقاضيخان صاحب الفتاوى المنسوبة اليه تفقه على جماعة من الكبار منهم أبو اسحق ابراهيم بن على المرغينانى وتفقه عليه جماعة من الكبار منهم شمس الائمة محمد بن عبد الستار الكردرى توفى يوم الاثنين خامس عشر رمضان سنة اثنين وتسعين وخمسمائة رحمه الله تعالى (الفتوى على أنه) أى أن الشان (يستحلف المنكر فى الاشياء الستة) وهى النكاح والرجعة والفئ والرق والنسب والولاء فان قلت المذكور تسعة أشياء قلت قد ذكرنا ان الحد واللعان مجمع عليهما فبقيت سبعة ولكن الاستيلاد ملحق بها لان الدعوى فيه دعوى النسب أو دعوى الرق فبقى ستة وهى المختلف فيها واختار فخر الاسلام على البزدوى أيضا قولهما مثل مانص عليه قاضيخان واختار بعض المتأخرين على ان القاضى ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه أخذا بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى (ويستحلف السارق) بالله ما أخذ وماله عليه هذا المال (فان نكل) عن اليمين (ضمن) لان المال يجب بالشبهة (ولم يقطع) يده لانه لا يجب بالشبهة فلا يجب بالنكول (والزوج) بالرفع عطف على السارق أى ويستحلف الزوج (اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء) بأن قالت طلقتنى قبل أن تدخل بى هذا بالاجماع لان فيه دعوى المال (فان نكل الزوج) (ضمن نصف المهر) لانه يثبت بالطلاق قبل الدخول (و) يستحلف أيضا (جاحد القود) أى منكر القصاص بأن ادعى عليه رجل قصاصا يستحلف عليه (فان نكل) عن اليمين وكان نكوله (فى النفس حبس حتى يقر أو يحلف و) ان كان نكوله (فيما دونه) أى فيما دون النفس وهو الطرف (يقتص) بنكوله عند أبى حنيفة وقالا يجب عليه الارش فيهما لان النكول أقرار منه فيصح لايجاب المال دون القصاص وعند الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعى وله أن النكول بذل وانه يجوز فى الطرف ولا يجوز فى النفس الا ترى أنه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص فى رواية ولو قطع يده بأمره لا يجب عليه شئ ولو (قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين) أى يمين المدعى عليه (لم يستحلف) عند أبى حنيفة وقالا يستحلف وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة فى المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت فى مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لهما أن اليمين حقه بالحديث الذى مضى ذكره فله ذلك اذا طالبه وله ان ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس (وقيل لخصمه) أى لخصم المدعى (أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يضيع حقه بتغيبه نفسه والتقدير بثلاثة أيام هو المروى عن الامام

وهو

وهو الصحيح وعن أبي يوسف انه مقدر بما بين مجلس القاضي حتى اذا كان يجلس فى كل يوم يكفل الى اليوم الثانى وان كان يجلس فى كل عشرة أيام يوما يكفل الى عشرة أيام ثم لا فرق بين أن يكون المال المدعى به جليلا أو حقيرا أو المدعى عليه خاملا أو نبيها فى ظاهر المذهب وعن محمد ان المدعى عليه ان كان معروفا وجيها يعلم ان مثله لا يخفى نفسه لا يطالب بالكفيل وكذا اذا كان المال حقيرا ولو قال ليس لى بينة أو شهودى غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة (فان أبى) أى امتنع عن أعطاء الكفيل لا يجبره القاضى على التكفيل بل (لازمه) أى دار (معه) أى مع الغريم (حيث سار) مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب (ولو) كان (غريبا لازمه مقدار مجلس القاضى) أى الى أن يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك وكذا اذا أخذ منه كفيل لا يؤخذ منه الا مقدار مجلس الحاكم وله أن يطالب التوكيل بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وان أعطاه وكيلا فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو أخذ كفيلا بالمال فله أن يطالب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل أيسر وان كان المدعى منقولا فله أن يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وان كان عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغيب (واليمين بالله تعالى) لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام سمع عمر رضى الله عنه وهو يحلف بأبيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت رواه البخارى ومسلم وأحمد وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون رواه النسائى (لا) أى ليس اليمين (بطلاق وعتاق) لان ما روينا باطلاقه يمنع الحلف بهما (الا اذا ألح الخصم) بان كان لجوجا متعنتا لا يبالى باليمين بالله تعالى فحينئذ يحلف بالطلاق أو العتاق أو بهما لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ (وتغلظ) اليمين أى تؤكد (بذكر أوصافه) أى أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شىء منه لان منهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير (لا) يغلظ عليه اليمين (بزمان) مثل يوم الجمعة (ومكان) مثل الجامع عند المنبر وقال الشافعى ان كانت اليمين فى قسامة أو لعان أو فى مال عظيم يبلغ مائتى مثقال يغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر النبى صلى الله عليه وسلم ان كان فى المدينة وعند الصخرة ان كان فى بيت المقدس وفى الجوامع فى غيرها فان لم تكن ففى المساجد ويكون ذلك فى يوم الجمعة بعد العصر وبه قال مالك وأحمد فى رواية ولنا اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان أو الزمان زيادة على النص وهو نسخ (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى) صلى الله عليه وسلم لانه يعظم

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

التوراة (و) يستحلف (النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى) عليه الصلاة والسلام لانه يعظم الانجيل (و) يستحلف (المجوسي) وهو الذي يعبد النار (بالله الذي خلق النار) لانه يعظم النار فيؤكد عليه بذكر خالقها (و) يستحلف (الوثني) وهو الذي يعبد غير الله يعتقد ان الله تعالى خالقه وانما يشرك مع الله غيره (بالله تعالى) ولا يذكر معه شيء آخر وعن أبي حنيفة انه لا يحلف أحد الا بالله خالصا احترازا عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى (ولا يحلفون) أي هؤلاء المذكورون (في بيوت عباداتهم) لان فيها تعظيمها والقاضي ممنوع عن حضورها وعن مالك وأحمد في رواية يحلفون فيها (ويحلف) المدعى عليه (على الحاصل) وتفسيره ما ذكره بقوله (أي بالله ما بينكما بيع قائم) في الحال اذا كانت الدعوى في البيع ولا يقال بالله ما بعت (و) ما بينكما (نكاح قائم) في الحال اذا كانت الدعوى في النكاح ولا يقال بالله ما نكحت (وما يجب عليك رده) اذا كانت الدعوى في الغصب ولا يقال بالله ما غصبت (وما هي بائن منك الآن) اذا كانت الدعوى في الطلاق ولا يقال بالله ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق في النكاح والاقالة في البيع والهبة في الغصب والنكاح الجديد في الطلاق فلا يملك تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كي لا يتضرر المدعى عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طرو الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا الطريق وعن أبي يوسف انه يحلف على السبب الا اذا عرض المدعى عليه بأن قال قد وقع البيع ثم تقايلنا ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل وقال فخر الاسلام يفوض الى رأي الحاكم وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه ضرر بالمدعي فان كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم الالتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام أو السيف عند ارتداده وقوله (في دعوى البيع) يرجع الى قوله ما بينكما بيع قائم (و) قوله في دعوى (النكاح) يرجع الى قوله ونكاح قائم (و) في دعوى (الغصب) يرجع الى قوله وما يجب عليه رده (و) في دعوى (الطلاق) يرجع الى قوله وما هي بائن منك الآن (وان ادعى) المدعي (شفعة بالجوار) أي بالمجاورة (أو) ادعى (نفقة) المرأة المطلقة (المبتوتة) أي البائنة (و) الحال ان (المشتري) أي مشتري الدار التي ادعى المدعي شفعتها بالجوار (أو الزوج) أي زوج المبتوتة (لا يراهما) اي الشفعة ونفقة المبتوتة بأن كان المشتري شافعي المذهب ولا يرى جواز الشفعة بالجوار أو كان الزوج شافعي المذهب ولا يرى للمطلقة المبتوتة نفقة (يحلف) المدعى عليه حينئذ (على السبب) بالاجماع لان في التحليف على الحاصل ههنا ضررا بالمدعي اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعي (و) يحلف المدعى عليه (على العلم لو كان (ورث عبدا فادعاه) شخص (آخر) انه له ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر (و) يحلف (على البتات لو وهب) العبد المدعى (له) أي المدعى عليه أراد لو ملكه بالهبة (أو اشتراه) أي أو ملكه بالشراء لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته فيطلق له الحلف على البتات والاصل فيه ان اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات

الاترى

ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهود بالله ماقتلتم ولاعلمتم له قاتلا لحلفهم على البتات أولا لانه فعلهم وفى الثانى على العلم لانه فعل غيرهم قال الحلوانى هذا الاصل مستقيم فى المسائل كلها الافى الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشترى أن العبد ابق ونحو ذلك فأراد المشترى تحليف البائع فانه يحلفه على البتات مع انه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ماضمن بنفسه فيحلف على البتات (ولو افتدى المنكر يمينه) بأن دفع الى المدعى شيأ فداء عن يمينه حتى لايحلف (أو صالحه) أى أو صالح المنكر المدعى (منها) أى من اليمين (صح) الافتداء وصح الصلح أيضا لما روى ان عثمان رضى الله تعالى عنه ادعى عليه بأربعين درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الاتحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة ولأن المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعى يأخذه على انه حقه أو عوض عنه فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالخصومة (و) اذا صح الفداء والصلح وبطل حقه فى اليمين (لم يحلف) المنكر (بعده) أبدا لبطلان حقه فى اليمين بخلاف ما اذا اشترى يمينه بالمال حيث لايجوز لعدم ركن البيع فبقى حقه فى اليمين على حاله

قوله بيع الثمن بالثمن كذا بخط المؤلف وهو سبق قلم وحق العبارة وأما فى المقايضة وهى بيع السلعة بالسلعة لما قال فى المغرب بيع المقايضة هو بيع عرض بعرض اه

هذا (باب) فى بيان أحكام (التحالف)

هو تفاعل من الحلف وهذا الباب لمشاركة اثنين فصاعدا (اختلفا) أى البائع والمشترى (فى قدر الثمن) بأن قال البائع هو ألف وقال المشترى خمسمائة (أو) اختلفا فى قدر (المبيع) بأن قال البائع هو عشرة أرطال مثلا وقال المشترى خمسة عشر رطلا (قضى لمن برهن) أى حكم لمن أقام البينة لانه نور دعواه بالبينة (وان برهنا) أى وان أقام كل واحد منهما البينة بما ادعاه (فلمثبت) أى فحكم لمثبت (الزيادة) لانه خال عن المعارض ولو اختلفا فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع (وان عجزا) أى البائع والمشترى عن اقامة البينة (و) الحال انه (لم يرضيا) أى لم يرض كل واحد منهما (بدعوى أحدهما) أى بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا البيع عليك (تحالفا) وفسخ البيع وصورة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشترى ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع (وبدئ بيمين المشترى) عند محمد وزفر وأبى يوسف فى قوله الآخر وهو رواية عن أبى حنيفة وأحد أقوال الشافعى وعليه الفتوى لانه هو الذى يتعجل فائدة النكول بالزام الثمن وعن أبى يوسف أنه يبدأ بيمين البائع وهو رواية عن أبى حنيفة وأحد أقوال الشافعى وعن الشافعى فى القول الثالث الحاكم بالخيار وعنه يبدأ بيمين المدعى وهو قول مالك وأحمد أيضا وقيل يقرع بينهما فى البداءة هذا اذا باع سلعة بثمن (و) أما (فى المقايضة) وهى بيع الثمن بالثمن أو بيع السلعة بالسلعة (و) فى (الصرف) وهو بيع الثمن بالثمن يبدأ القاضى (بأيهما شاء) لاستوائهما فى فائدة النكول (وفسخ القاضى) البيع بينهما (بطلب أحدهما) اما البائع أو المشترى لقوله عليه الصلاة والسلام واذا اختلفا المتبايعان تحالفا وترادا وقيل ينفسخ بنفس التحالف وبه قال الشافعى والصحيح الاول (ومن نكل) منهما عن اليمين (لزمه دعوى الآخر)

اذا اتصل به القضاء (وان اختلفا) أى المتعاقدان (فى) نفس (الاجل) بأن ادعى أحدهما أجلا وأنكر الآخر (أو) اختلفا (فى شرط الخيار) بأن ادعى أحدهما شرط الخيار وأنكره الآخر (أو) اختلفا (فى قبض بعض الثمن) بأن ادعى أحدهما أنه استوفى بعض الثمن وأنكر الآخر (أو) اختلفا فى مقدار الثمن (بعد هلاك المبيع أو) اختلفا فيه بعد هلاك (بعضه) أى بعض المبيع صورته أنه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشترى ثم اختلفا فى الثمن (أو) اختلفا المولى والمكاتب (فى بدل الكتابة أو) اختلفا (فى رأس المال بعد اقالة السلم) بأن قال رب السلم رأس المال مائة وقال المسلم اليه بل خمسون وقوله (لم يتحالفا) جواب المسائل المذكورة كلها (والقول) يكون (للمنكر مع يمينه) اما فى الاجل وشرط الخيار وقبض بعض الثمن فلانه اختلاف فى غير المعقود عليه فصار كالاختلاف فى الحط والزيادة وعند زفر والشافعى ومالك يتحالفان فى الاجل اذا اختلفا فى أصله وقدره كالاختلاف فى مقدار الثمن وأما فى الاختلاف بعد هلاك المبيع فالمذكور قولهما وعند محمد يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك لعموم الحديث الذى رويناه وبه قال زفر والشافعى ومالك فى رواية ولهما ان المشترى هو المنكر والقول قوله لان المبيع سلم له وهو لا يدعى على البائع شيأ والحديث أوجب اليمين على المنكر والتحالف عرف بالنص حال قيام السلعة وأما فى الاختلاف بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هو قول أبى حنيفة قال القدورى فيه لا يتحالفان الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له وقال قاضيخان وذكر فى الاصل الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيأ وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان فى الهالك ويكون القول فى ثمنه قول المشترى وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى وبه قال زفر والشافعى ومالك ولابى يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات جزء منها وأما فى الاختلاف فى بدل الكتابة فالمذكور قول أبى حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة لانها عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدعى على الآخر وبه قال الشافعى وله ان البدل فى الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف واليد للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعى على مولاه شيأ والتحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لانه منكر وأما فى اقالة السلم فلانها فى هذا الباب ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول قوله ولا يعود السلم (ولو اختلفا) أى المتعاقدان (فى مقدار الثمن بعد الاقالة) يعنى بعد ما تقايلا قبل قبض المبيع بحكم الاقالة (تحالفا) اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع الاول ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة لا يتحالفان عندهما وعند محمد يتحالفان (وان اختلفا) أى الزوجان (فى) القدر المسمى من (المهر) بأن قال الزوج انه تزوجها بألف مثلا وقالت الزوجة تزوجنى بألفين (قضى لمن برهن) أى حكم لمن أقام البينة لانه يصح دعواه بها

(وان

(وان برهنا) أى وان أقام كل من الزوجين بينة على دعواه (فللمرأة) أى فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل مايدعيه أو أقل لان الظاهر يشهد له وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ماتدعيه أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر وان كان مهر المثل لايشهد لها ولا له بأن كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما يتهاتران (وان عجزا) أى الزوجان عن اقامة البينة (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لان يمين كل منهما ينتفى به مايدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع (بل يحكم) بتشديد الكاف أى بل يجعل (مهر المثل) حكما (فقضى بقوله) أى بقول الزوج (لو كان) مهر المثل (كما قال) الزوج (أو) كان (اقل من ذلك (و) يقضى (بقولها) أى بقول المرأة (لو كان) مهر المثل (كما قالت أو) كان (أكثر) من ذلك (و) يقضى (به) أى بمهر المثل (لو كان بينهما) أى بين ما قالت هى وبين ما قال هو لانه لما انتفى بيمينهما التسمية احتيج الى تحكيم مهر المثل فيقضى بقول من يشهد له مهر المثل وان لم يشهد لواحد منهما بأن كان اقل مما ادعت وأكثر مما أقر به هو قضى بذلك وعند أبى يوسف القول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتى بشئ مستنكر لا يتعارف مهرا لها وقدمر تحقيقه فى النكاح (ولو اختلفا) أى المؤجر والمستأجر (فى الاجارة قبل الاستيفاء) أى استيفاء المعقود عليه (تحالفا) وترادا كالبيع اذ الاجارة تشبه البيع وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الآخر وأيهما برهن قبلت بينته ولو برهنا كانت بينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة وبينة المستأجر ان كان الاختلاف فى المنافع وان كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعى هذا شهرا بعشرة دراهم والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة فتعمل بينة أحدهما فى الزمان وبينة الآخر فى مقدار الاجرة (و) ان اختلفا (بعده) أى بعد استيفاء المعقود عليه (لا) يتحالفان (و) يكون (القول للمستاجر) مع يمينه لان التحالف يثبت لاجل الفسخ والمنافع التى استوفاها لايمكن فسخ العقد فيها فلم يثبت التحالف (والبعض) فى الاستيفاء (معتبر بالكل) يعنى اذا استوفى بعض المنافع وبقى البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف فى المستوفى ويكون القول فيه للمستأجر كما لو استوفى الكل ويجرى التحالف فى الباقى ويفسخ العقد فيه كما اذا لم يستوف شيأ وهذا بالاجماع (وان اختلف الزوجان فى متاع البيت فالقول لكل) واحد (منهما) أى من الزوجين سواء كان النكاح قائما بينهما أولم يكن (فيما صلح له) أى لكل واحد منهما والذى يصلح للزوج كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع الحديد والذى يصلح للمرأة كالخمار والدرع والاساور وخواتم النساء والخلخال ونحو ذلك فالقول قولها فيها مع يمينها الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المرأة تبيع مايصلح للرجال لايكون القول قوله فى ذلك (و) القول (له) أى للزوج اذا اختلفا (فيما صلح لهما) أى للزوجين كالفرش والامتعة والاوانى والرقيق والعقار والمواشى والنقود لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج والقول

لصاحب اليد فى الدعاوى (فان مات احدهما) أى أحد الزوجين واختلف الحى منهما مع ورثة الآخر (فللحى) اى فالذى يصلح لهما يكون للحى وأما ما يصلح لاحدهما ولا يصلح للآخر فهو على ما كان قبل الموت و تقوم ورثته مقامه فيه والباقى له مع يمينه للظاهر وقال محمد يصرف اليه فى حياته والى ورثته بعد موته لان يد وارثه كيده وقال زفر ما يصلح لهما يكون مقسوما بينهما بمنزلة عين فى يد اثنين ادّعياها وهو رواية عن أحمد ومحمد وروى الحسن عن زفر أيضا انّ جميع ما فى البيت بينهما الا ما كان فى يده مشاهدة وبه قال الشافعى ومالك وقال الحسن البصرى المتاع كله للمرأة وليس للرجل الا ما عليه من ثياب بدنه وقال ابن أبى ليلى المتاع كله للزوج كيفما كان وهذه هى المسبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة (و) لو كان (أحدهما) أى أحد الزوجين (مملوكا) واختلفا فى متاع البيت (فللحر) أى فيكون المتاع للحر (فى) حال (الحياة) أى حياتهما (و) يكون (للحى فى) حال (الموت) أى موت أحدهما أيهما كان لانّ يد الحرّ أقوى وأما اذا مات أحدهما فلا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض فكان للحى منهما هكذا ذكر الحكم فى الهداية وغيرها وقال شمس الائمة السرخسى فى شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات أحدهما كان المتاع للحرّ منهما ثم قال وقع فى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة وقالا العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب كالحرّ كما لو تنازعا فى ثوب فى أيديهما وبه قال الشافعى ومالك رحمهما الله تعالى * هذا (فصل) فى بيان ما تندفع به الخصومة * (قال المدّعى عليه) عند الدعوى عليه (هذا الشئ) الذى يدعيه هذا الرجل (أودعنيه) فلان وهو غائب (أو آجرنيه) فلان وهو غائب (او اعارنيه) أى أعطانى اياه عارية وقوله (فلان الغائب) يرجع الى الكل بمعنى انه فاعل للكل بحكم العطف (او) قال المدعى عليه (رهنه) أى رهنه الغائب عندى (او) قال (غصبته) أى هذا الشئ (منه) أى من فلان الغائب (وبرهن) أى أقام بينة (عليه) أى على ما قاله (دفعت خصومة المدعى) لانه أثبت ببينته انّ العين وصلت اليه من جهة الغائب وانّ يده ليست بيد خصومة فصار كما لو أقرّ المدعى بذلك واثبت ذو اليد اقراره بذلك والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع ولو أقام بينة وقال ابن أبى ليلى تندفع باقراره للغائب من غير اقامة البينة وقال أبو يوسف آخرا ان كان المدعى عليه صالحا فالجواب كما ذكرناه وان كان معروفا بالحيل والافتعال لا تندفع عنه الخصومة وان أقام بينة انّ العين للغائب وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لانّ المدعى يمكنه أن يتبعه وان قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد وعند أبى حنيفة تندفع وتسمى هذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية والاجارة والرهن والغصب أو فيها اختلاف خمسة من الائمة رحمهم الله تعالى (وان قال) المدعى عليه (ابتعته) أى اشتريته (من الغائب أو قال المدعى) للمدعى عليه (غصبته) منى (او) قال المدعى (سرق) هذا (منى وقال ذو اليد) الذى هو المدعى عليه (أودعنيه فلان) أى تركه عندى وديعة (وبرهن) أى أقام بينة (عليه) أى على قوله أودعنيه

فلان

فلان (لا) تندفع الخصومة لانه بدعواه الشراء من الغائب فى المسئلة الاولى صار معترفا بأن يده يد ملك فيكون معترفا بأنه خصم وفى الثانية لما قال المدعى لصاحب اليد غصبته منى صار خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفى الثالثة قول المدعى سرق منى دعوى الفعل عليه أيضا فى المعنى وانما جهله بالبناء للمفعول لاجل الستر عليه كى لا يقطع يده فصار كأنه قال سرقته منى وقال محمد تندفع الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب منى على البناء للمفعول وجه الاستحسان ما بيناه (وان قال المدعى ابتعته) أى اشتريت هذا الشئ (من فلان وقال ذو اليد) أى المدعى عليه (أودعنيه فلان ذلك) الشئ (سقطت الخصومة) لاتفاقهما على ان أصل الملك لغير المدعى فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعى ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعى أخذه من يده الا أن يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه فيأخذه لكونه أحق بالحفظ ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لا يأمره القاضى بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره ولو قال ذو اليد أودعنيه وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينة

هذا (باب) فى بيان أحكام (ما يدعيه الرجلان)

برهنا) أى الاثنان أقام كل منهما بينة (على) ان (ما فى يد آخر) ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه (قضى) أى حكم بذلك (لهما) لعدم الاولوية وقال الشافعى انهما يتهاتران وبه قال أحمد فى رواية وعنه أنه يقرع بينهما وبه قال أحمد فى رواية وعن الشافعى فى قول يوقف أبدا حتى يعلم وعنه كقولنا وعن مالك وأحمد فى رواية يقضى بأعدل البينتين وعند التساوى يقرع وقال الاوزاعى يقضى لمن كان شهوده أكثر عددا ولنا ما روى عن أبى موسى رضى الله تعالى عنه ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه أبو داود (و) لو برهنا (على نكاح امرأة) بأن أقام كل واحد منهما بينة ان هذه امرأته (سقطا) أى برهاناهما أراد به تهاترت البينتان لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك (وهى) أى المرأة (لمن صدقت) أى لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقهما (أو) هى تكون لمن (سبقت بينته) بالنكاح الا اذا كانت المرأة فى بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى لان الصريح يفوق الدلالة فالحاصل اذا تنازعا فيها وبرهنا فان أرخا كان أقدمهما تاريخا أولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شئ من ذلك يرجع الى تصديق المرأة (و) لو برهنا (على الشراء منه) أى من ذى اليد ولم يكن تاريخ كان (لكل) واحد منهما (نصفه) أى نصف المدعى (بنصف بدله) أى بنصف الثمن (ان شاء) وان شاء ترك لانهما لما استويا فى السبب تخير لتعذر القضاء بكله لكل منهما (وباباء) أى بامتناع (أحدهما) أن يأخذ المبيع (بعد القضاء) أى بعد قضاء القاضى به بينهما (لم يأخذ الآخر كله) أى كل المبيع لانه صار فى النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه فلا يكون له أخذه بعد

لانفساخ بخلاف مالوترك أحدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذه كله لانه أثبت ببينته أنه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به ولم يوجد (وان ارخا) أى البرهانان بأن ذكرت كل واحدة من البينتين تاريخا (فللسابق) أى فالحكم للسابق منهما لانه أثبت ملكه فى المدعى فى زمن لا ينازعه فيه وهذا بالاجماع الا فى قول للشافعى بينهما (والا) أى وان لم يؤرخا (فلذى القبض) أى فيكون لصاحب القبض لان تمكنه من القبض دليل سبق الشراء (والشراء احق من الهبة) يعنى اذا ادعى أحدهما شراء من شخص وادعى الآخر هبة وقبضا من ذلك الشخص بعينه وأقاما البينة ولا تاريخ منهما كان الشراء أولى لانه أقوى بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما أو كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه أولى وكذا الشراء مع الصدقة فى جميع ما ذكرنا وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح أنه لا يصح لانه تنفيذ الهبة فى الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز بناء على ان هبة الواحد من اثنين جائزة عندهما خلافا له وقيل يجوز بالاجماع لطرو الشيوع فان أرخا فصاحب التاريخ المقدم أولى وان لم يؤقتا ومع أحدهما قبض كان هو أولى (والشراء والمهر سواء) يعنى اذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل وادعت امرأة ان ذلك الرجل تزوجها على تلك العين فهما سواء لاستواء البينتين فى القوة بخلاف الهبة والبيع ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج وللمشترى نصف الثمن ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وهذا عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج قيمة العين (والرهن أحق من الهبة) يعنى لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا من صاحب اليد وأقاما البينة ولا تاريخ لهما ولا قبض كان الرهن أولى لانه مضمون والهبة أمانة والمضمون أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء (ولو برهن الخارجان) أى لو أقام كل منهما بينة (على الملك) المطلق (والتاريخ أو) أقام بينة (على الشراء من واحد) غير ذى اليد وعلى التاريخ (فالاسبق) منهما تاريخا (أحق) أى أولى فى الصورتين وذكر الصورة الاولى فى أول الباب وأعادها ههنا لاجل ذكر التاريخ وجعل الكرخى هذا متفقا عليه وجعل صاحب الامالى ان هذا قول أبى حنيفة وقول محمد أولا وهو قول أبى يوسف آخرا وفى قول محمد آخرا وهو قول أبى يوسف أولا هو بينهما الا انه لا عبرة للتاريخ فى دعوى الملك المطلق ولو أرخت احداهما دون الاخرى فهما سواء عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف المؤرخ أولى وقال محمد المبهم أولى لان البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل الا ترى انه يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل أولى من التاريخ ولابى يوسف ان المؤرخ ملكه متيقن فكان أولى ولابى حنيفة ان المبهم يحتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال وأما الصورة الثانية فلانهما لما ادعيا من شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له فمن أثبت منهما التلقى من جهته فى زمان لا يزاحمه فيه أحد كان أولى ولو لم يؤرخا فهما سواء وان أرخت احداهما دون الاخرى فالمؤرخ اولى وان كان مع أحدهما قبض كان هو

قوله لاستواء البينتين كذا بخط العينى رحمه الله وعبارة الزيلعى لاستواء السببين وهى أولى تأمل • قوله نصف الثمن كذا بخطه وعبارة الزيلعى نصف العين وهى الصواب كما لا يخفى اه

أولى ولو أرخ الآخر مالم يثبت انه أقدم تاريخا (و) لو أقام (كل منهما بينة (على الشراء من) رجل (آخر) يعني غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه (وذكرا تاريخا استويا) حتى يكون المبيع بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لان كلا منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل منهما من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما وكذا لو ذكر أحدهما تاريخا دون الآخر فهما سواء بخلاف ما اذا كان الملك لهما واحدا حيث يكون أقدمهما تاريخا أولى (ولو برهن الخارج) أي لو أقام بينة (على ملك مؤرخ و) الحال أن (تاريخ ذي اليد أسبق) فذو اليد أحق عندهما وقال محمد لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق أصلا ولهما أن بينة ذي اليد دلت على تقدم الملك فكانت أولى ولو استوى تاريخهما أو لم يكن معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لان بينته تثبت غير الظاهر ولو كان المدعى في أيديهما وأرخا كان أقدمهما تاريخا أولى عندهما وعند محمد هو بينهما ولو أرخت احداهما دون الاخرى والمسئلة بحالها كان بينهما عندهما لان أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ من أحد الجانبين في الملك المطلق ومحمد لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما وعند أبي يوسف هو للمؤرخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه (أو برهنا) أي أقاما البينة (على النتاج) اي كل منهما أقام البينة على أنها ولدت عنده فذو اليد أولى أيضا لان بينته قد دلت على مادلت عليه بينة الخارج ومعه ترجيح اليد فكان أولى وهذا بالاجماع الا عن ابن أبي ليلى أن الخارج أولى وقال عيسى بن أبان تهاترت البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على وجه القضاء (أو) برهنا على (سبب ملك لا يتكرر) مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن وجز الصوف والمرعزى وغزل القطن والكتان ونسج الثياب من غزلهما فذو اليد أولى أيضا لان ذلك في معنى النتاج وان كان على سبب يتكرر مثل البناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب قضى به للخارج وان أشكل عليهم اعتمد في كشف ذلك على أهل الخبرة والواحد منهم يكفي والاحوط اثنان وان أشكل عليهم قضى به للخارج لانه الاصل عند عدم العلم والشرط في ذلك أن يبين في الدعوى نصا ان ذلك السبب وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما أو ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب أو نتجت هذه الدابة عندي كان الخارج أولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على أن الثوب نسجه في ملكه وان الدابة ولدت في ملكه فبقي دعوى مطلق الملك وفيه الخارج أولى ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي أو نسج في ملكي أو ولدت الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال جبني اتخذته أنا أو قال اللبن الذي اتخذته منه هذا الجبن ملكي أو الشاة التي حلبت منها اللبن ملكي كان الخارج أولى ولو قال اتخذته في ملكي أو حلب لبنه في ملكي كان ذو اليد أولى (أو) برهن (الخارج على الملك و) برهن (ذو اليد على الشراء منه) أي من الخارج فصاحب اليد أولى أيضا لان الخارج أثبت الملك لنفسه بينة وأثبت ذو اليد التلقي منه فكان أولى وقوله (فذو اليد أحق منه) أي من الخارج جواب المسائل الثلاث كما ذكرناها (ولو برهن كل) واحد من الخارج وذي اليد أو الخارجين أو ذوي الايدي (على الشراء من الآخر و) الحال انه (لا تاريخ) لهما (سقطا) أي البرهانان أراد تهاترت البينتان (وترك الدار) المدعاة (في يد ذي اليد) لا على وجه القضاء عندهما

ى ىى

وقال محمد ان كانت في يد أحدهما يقضي بالبينتين وتكون للخارج لامكان العمل بهما بحمل ذي اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار بينة كل واحد منهما كأنها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ثم ان شهدت البينتان بقبض الثمن تقاصا ان كان من جنس واحد وتساويا وان كان أحدهما أكثر يرجع بالزيادة وان اختلفا جنسا ردّ كل واحد منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتأتى التقاص عندهما لعدم الوجوب وعند محمد يتأتى لوجوبه عنده ولو شهد الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق وان وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا فان كان وقت الخارج أسبق يقضي بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضي للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وان أثبتا قبضا يقضي بها لصاحب اليد بالاجماع وان كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي بها للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا (ولا ترجح) الدعوى أو الحكم (بزيادة عدد الشهود) بان أقام أحد الخصمين شاهدين والآخر أكثر لا ترجح بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة في العلل ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر وانما ترجح بقوة فيها بأن يكون أحدهما متواترا والآخر من الآحاد أو كان أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس وعند الشافعي في القديم وبعض المالكية يرجح بكثرة العدد (دار) كائنة (في يد آخر ادعى رجل نصفها) بأنه ملكه (و) ادعى (آخر كلها وبرهنا) أي أقام كل منهما البينة على ما ادعاه (فللاول) وهو مدعي النصف (ربعها) أي ربع الدار (وللآخر الباقي) وهو ثلاثة الارباع بطريق المنازعة عند أبي حنيفة لان مدعي الكل لا ينازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فيكون بينهما فسلم لمدعي الكل ثلاثة الارباع ولمدعي النصف سلم له الربع وعندهم المدعي الكل ثلثاها ولمدعي النصف ثلثها لان مدعي الكل يضرب بكلها ومدعي النصف بنصفها بطريق العول وبه قال مالك في رواية وعند الشافعي في قول تهاترت البينتان ويحلف ذو اليد في نصف تقابلهما فاذا حلف بقي في يد ذي اليد كله واعلم أن جنس القسمة على أربعة أنواع أحدها ما يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم المرسلة والسعاية والعبد اذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما الثاني ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسئلة واحدة فضولي باع عبد الغير من رجل وفضولي آخر باع نصفه من آخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة أرباعه ولمشتري النصف الربع بطريق المنازعة والثالث ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل احداها مسئلة الكتاب والثانية اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله وأجازت الورثة

والثالثة

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

والثالثة اذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره والرابع ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احداها عبد مأذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة فدين المولى يسقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصف الدين في نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرناه والثانية اذا أدانه أجنبيان احدهما مائة والآخر مائتين يقتسمان ثمنه على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة أم ولد قتلت مولاها وأجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى في ثلاثة أرباع قيمتها فتقسم بين الساكتين فيعطى الربع لشريك العافي آخرا والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي أولا أثلاثا ثلثاه لشريك العافي أولا والثلث لشريك العافي آخرا عنده وعندهما أرباعا (ولو كانت) الدار (في أيديهما) أي في أيدي المدعين والمسئلة بحالها (فهي) أي الدار كلها (للثاني) وهو مدعي الكل لان مدعي النصف تنصرف دعواه الى ما في يده لتكون يده يدا محقة ولا يدعي شيأ مما في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي ما في يد نفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه القضاء واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه فكانت بينته أولى لانه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء (ولو برهنا) أي لو أقام اثنان بينة (على نتاج دابة) عندهما (و) الحال انهما (أرخا) أي ذكرا تاريخا (قضى لمن وافق سنها) أي سن الدابة (تاريخه) لظهور علامة الصدق فيه فترجحت بينته بذلك سواء كانت الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث وان لم يكن تاريخ يحكم بها الذي اليد ان كانت في يد أحدهما أولهما ان كانت في يدهما أو في يد ثالث (وان اشكل ذلك) أي سن الدابة في موافقة أحد التاريخين (فلهما) أي فيقضى لهما بها لان أحدهما ليس بأولى من الآخر هذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما قضى بها لصاحب اليد لانه لما أشكل الامر سقط التاريخان فصارا كأنهما لم يؤرخا وان خالف سنها التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده والاصح أنهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين أو كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما يقضى بها لذي اليد (ولو برهن أحد الخارجين) أي لو أقام أحد الخارجين بينة على رجل في يده عين انه أخذه (على) وجه (الغصب و) برهن (الآخر) على أنه عنده (على) وجه (الوديعة استويا) أي الخارجان في الدعوى حتى يقضى بتلك العين بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق (والراكب) على الدابة (واللابس) للقميص (أحق) بان تنازع الراكب مع الآخر في دابة واللابس مع الآخر في قميص فالراكب أحق (من آخذ اللجام و) اللابس أحق من آخذ (الكم) لان تصرف اللابس والراكب أظهر بخلاف ما اذا أقام الآخذ البينة حيث يكون أولى لان بينة الخارج أولى على

ماذكرنا ولو كان أحدهما راكبا على السرج والآخر رديفا له كان الراكب أولى لان تمكنه فى ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما فى التصرف ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها والآخر ماسك بلجامها قالوا ينبغى أن يكون الماسك أولى ولو تنازعا فى بساط أحدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء وكذا اذا كانا جالسين عليه بخلاف ما اذا كانا جالسين فى دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها فى يد غيرهما وهنا علم أنه ليس فى يد غيرهما (وصاحب الحمل) على الدابة اذا تنازع مع آخر فيها وادعى كل منهما أنها له (و) صاحب (الجذوع) وهو جمع جذع النخلة وغيرها وهى الاخشاب التى ترص على الجدران لاجل تركيب السقف عليها اذا تنازع فى حائط عليه جذوعه مع آخر له عليه هرادى وهو جمع هردية وهى قصبات تضم ملوية بطاقات فى الكرم فيرسل عليها قضبان الكرم كذا فى ديوان الادب لكن صحح فيه الهاء والحاء جميعا وقال فى الصحاح الحردى من القصب نبطى معرب ولا يقال الهردى وكذا قال ابن دريد ولكن ذكره فى باب الحاء (و) صاحب (الاتصال) أراد به اتصال تربيع وهو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه فى لبن جداره ولبن جداره فى لبن البناء المتنازع فيه وساج أحدهما مركب على ساج الآخر وكان الكرخى يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد والمروى عن أبى يوسف أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفى ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركبا على الآخر وأما اذا نقب وأدخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهما بنيا معا ولا بوضع الهرادى ولا البوارى لان الحائط لا تبنى لاجله عادة حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى ولا شئ للآخر فهو بينهما اذا علم أنه بأيديهما ولا يرجح صاحب الهرادى وقال شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه تفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو خزف أن يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلا فى غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلا فى المتنازع فيه واذا كان من خشب فالتربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبا فى الآخر فأما اذا نقبت وأدخل فلا يكون مربعا وقوله (أحق من الغير) خبر لقوله وصاحب الحمل وما عطف عليه وهو جواب المسائل الثلاث أما الاولى فلان صاحب الحمل هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت فى يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها والآخر ممسك بذنبها وآخر يجذف فيها وآخر يمدها فهى بينهم الا من يمدها فانه لا شئ له فيها لانه لا يد له فيها بخلاف الباقين لانهم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما لاستوائهما ولا يرجح بكثرة ما فى الحمل لاحدهما وأما فى الثانية فلان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادى متعلق والبناء يبنى للجذوع عادة لا لوضع الهرادى وقال الشافعى لا يرجح بوضع الجذوع لانه يحتمل أن تكون ملكه أو عارية أو غصبا فلا

يكون

يكون حجة مع الاحتمال قلنا وضعه علامة ملكه وماذكره من الاحتمال فبعيد ههنا ولو كان لكل منهما عليه ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما فى أصل العلة ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن يبلغ ثلاثا وانما شرطت الثلاث لان الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصارت الثلاث كالنصاب له ولو كان عليه جذوع لاحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة عند أبى حنيفة استحسانا والقياس أن يكون بينهما نصفان وهو أيضا مروى عنه ثم لصاحب الجذع الواحد أو الاثنين حق الوضع باختلاف الروايات لانا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع الا اذا ثبت بالبينة أن الحائط لصاحب الجذوع فحينئذ يؤمر بالقلع وبيان اختلاف الروايات هو انه ذكر فى كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب الجذع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع وذكر فى كتاب الدعوى أن الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من أصحابنا من قال يحكم بما بين الخشبات بينهما على قدر الاخشاب وأكثرهم على أنه لا يملك صاحب الخشبة أو الخشبتين الا موضع خشبته وقيل يكون ما بين الخشبة بينهما نصفان وقيل يقسم جميع الحائط بينهما على قدر أخشابهما اعتبار القدر الاستعمال وان كان لاحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع أولى وذكر الطحاوى ان صاحب الاتصال أولى وللآخر حق وضع جذوعه وصحح الجرجانى هذه الرواية والسرخسى الاولى وفى المحيط الايدى فى الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة فى الحائط سوى هذا فأولاهم صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد ولا شئ للآخر قيل هما سواء وقيل صاحب الجذع أولى وان كان لاحدهما عليه هرادى أو بوارى ولا شئ للآخر فهو بينهما فلا يعتبر الهرادى ولا البوارى وفى فتاوى قاضى خان ان كان لاحدهما جذع واحد وللآخر عليه هرادى أو بوارى أو لم يكن له عليه شئ فهو لصاحب الجذع وفى شرح الكافى اذا كان الحائط بين الدارين فادعى صاحب كل واحد من الدارين فان أبا حنيفة قال ان كان لاحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لان الحائط ما بنى الا لها وان كان له عليه هرادى أو بوارى لم يستحق بها شيأ وكان الحائط لصاحب الجذوع لكنه لا يؤمر برفع الهرادى والبوارى وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما وللآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع الا أن يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون أحد طرفى الآخر فى هذا الحائط والطرف الآخر فى الحائط الآخر حتى يصير فى معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتا على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذوعه الا انه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه فان لم يكن متصلا ببناء أحدهما ولم يكن عليه جذوع فهو بينهما نصفان وأما الثالثة فلان الاتصال بالصورة التى ذكرناها لا يكون الا عند البناء فدل ذلك على أن بانيهما واحد فى وقت واحد فيرجح به (ثوب فى يده) أى فى يد رجل (وطرفه) أى طرف الثوب (فى يد) رجل (آخر) تنازعا فيه (نصف) أى يكون (بينهما)

Digitized by Google | Original from INDIANA UNIVERSITY

نصفين لان يد كل منهما ثابت فيه ولا يعتبر بالكثرة فى أحدهما لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة بخلاف ما اذا كان فى يد الآخر الهدبة لانها ليست بثوب اذ هى غير منسوجة فلم يكن فى يده شئ من الثوب فلا يزاحم الآخر (صبى يعبر) عن نفسه (فقال انا حر فالقول له) فلا تقبل دعوى أحد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ (ولو قال) صبى يعبر عن نفسه (أنا عبد لفلان أو لا يعبر) الصبى عن نفسه وقال أنا حر لا يسمع (فهو عبد لمن فى يده) اما الاول فلانه أقر انه لا يد له حيث أقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن فى يده كالقماش ولا يثبت الرق بقول الصبى حتى يقال هو من المضار فلا يعتبر من الصبى بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية وأما الثانى فلانه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو فى يده ان ادعاه لعدم المعارض ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينتقض ذلك الا بالبينة (عشرة ابيات) كائنة (فى دار) كائنة (فى يده) أى فى يد رجل (وبيت) واحد فى الدار أيضا (فى يد آخر فالساحة) التى للدار بين صاحب العشرة والبيت الواحد (نصفان) لان كلا من الملاك يحتاج اليها للاستعمال فى أنواع المرافق من المرور فيها والتوضئ وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك وهما فى ذلك سواء فتنتصف بينهما وصار نظير الطريق لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما عرف بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما لان الاحتياج اليه لاجل السقى فعند كثرة الاراضى تكثر الحاجة (ادعى كل) واحد من الاثنين (أرضا فى يده ولبن) بتشديد الباء أى ضرب لبنا وهو الطوب النئ (أحدهما) أى أحد الاثنين المدعيين (فيها) أى فى الارض (او بنى فيها بناية (أو حفر) فيها بئرا (فهى) أى الارض (فى يده) لان اليد فى الارض غير مشاهدة فلا يثبت عند القاضى بمجرد دعواهما انها فى يده فلا بد من اقامة البينة انها فى يده أو من التصرف فيها كالتلبين والبناء والحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل على انها فى يده ثم ان ادعيا انها فى أيديهما لم يقض بلا بينة لاحتمال انها فى يد غيرهما وان ادعيا انها فى يد أحدهما فكذلك لكن ليس للمقر أن ينازعه فى اليد لاقراره انها فى يد صاحبه (كما لو برهن) أحدهما أى أقام بينة (انها) أى الارض (فى يده) فانه يقضى له باليد فيها ويكون الآخر خارجا وان برهنا على انها فى أيديهما قضى بها لهما فان طلبا القسمة لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قبل هذا قول أبى حنيفة وعندهما تقسم والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (دعوى النسب)

(ولدت) أمة (مبيعة لاقل من ستة اشهر مذ بيعت) أى من حين البيع (فادعاه) أى فادعى الولد (البائع فهو) أى الولد (ابنه وهى) أى الامة المبيعة (أم ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن) استحسانا والقياس أن تكون هذه الدعوى باطلة وهو قول زفر والثلاثة لان اقدامه على البيع دليل على أن الحمل ليس منه فاذا لم تصح الدعوى لم يثبت النسب لانه مبنى عليه وجه الاستحسان أن العلوق حصل فى ملكه يقينا والظاهر عدم الزنا فيكون منه وتصح دعواه مستندا الى وقت العلوق ويفسخ البيع لانه قد باع ام ولده ويرد الثمن لانه مقتضى الفسخ فى العقد وقوله (وان ادعاه المشترى) واصل بما قبله والتقدير ان لم يدع المشترى ذلك وان ادعاه المشترى (معه) أى مع البائع أى مع دعواه (او) ادعى المشترى (بعده) أى بعد دعوى البائع وتذكير الضمير

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

باعتبار الادعاء لان دعوى البائع أسبق لانها تستند الى حالة العلوق لكونها دعوة الاستيلاد ودعوى المشترى دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن فى ملكه فيقتصر فكانت الاولى أقوى فلا تعتبر الثانية فصار المشترى كغيره من الاجانب فلا تصح دعواه واحترز بذلك عما اذا ادعاه المشترى قبله لانه اذا ادعاه أولا يثبت نسبه منه لوجود المجوز للدعوة وهو الملك ألا ترى انه يجوز اعتاقه واعتاق أمه (وكذا) يثبت نسب الولد من البائع (ان ماتت الام) وادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر (بخلاف) ما اذا ادعاه البائع بعد (موت الولد) فانه لا يثبت نسبه منه والفرق أن الولد هو الاصل فى الباب والام تبع له ألا ترى أنه يضاف اليه فيثبت نسبه أولا فتتبعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها رواه ابن ماجه فاذا كان هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وما هو اذا مات الولد دون الام حيث لا يصح دعوته فى الام لان الحكم لا يثبت فى التبع ابتداء دون متبوعه ويرد المال كله عند أبى حنيفة لانه تبين أنه باع أم ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشترى لانها غير متقومة عنده كالحر ولهذا لا يضمن بالغصب عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانها متقومة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة عند المشترى فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدلان فى ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهى الام (وعتقهما) أى وعتق المشترى الام والولد (ككونهما) فى الحكم حتى لو أعتق المشترى الام دون الولد فادعى البائع انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو أعتق الولد دون الام لا تصح دعوته لما ذكرنا ان الولد هو الاصل والام تبع والتدبير كالاعتاق ثم اذا لم يبطل عتق المشترى فى الام فالبائع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية بالاجماع هنا والفرق لابى حنيفة بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فان البائع فيها يرد ما يخص الولد فقط لان القاضى كذبه فى الاعتاق فيما زعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشترى ولم يفسخ البيع فبقى صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف الموت فان زعم البائع فيه لم يبطل بشئ فبقى معتبرا فى حقه فيرد جميع الثمن وقيل يرد جميع الثمن هنا أيضا عند أبى حنيفة كما فى فصل الموت واليه مال صاحب الهداية (وان ولدت) الامة المذكورة (لاكثر من ستة أشهر) من وقت البيع (ردت دعوة البائع) لعدم العلوق فى ملكه بيقين وهو المصحح (الا ان يصدقه) أى البائع (المشترى) فيثبت النسب حينئذ ويحمل على الاستيلاد بالنكاح للتيقن ان العلوق لم يكن فى ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة أم ولده لان العلوق حادث بعد البيع واذا ولدت لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين منه فكذلك لا تقبل دعوة البائع الا أن يصدقه المشترى (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما) أى نسب التوأمين (منه) أى من المدعى لانهما من ماء واحد وانما يعرف انهما توأمان اذا كان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فليسا بتوأمين لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أتت بولد ثم بولد آخر لاقل من ستة أشهر يعلم بالضرورة انهما من ماء واحد (وان باع) المالك (أحدهما) أى أحد التوأمين (واعتقه المشترى) منه ثم ادعى البائع بعده انه ابنه ثبت نسبهما منه فاذا ثبت نسبهما منه (بطل عتق

المشترى) اياه لان دعوة البائع بعده صحت فى الذى لم يبع انه ابنه ومن ضرورة ذلك ثبوت نسب الآخر لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشترى لكونهما حرى الاصل اذ يستحيل ان يكون أحدهما حر الاصل والآخر رقيقا وهما من ماء واحد بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشترى بدعوى البائع نسبه لان العتق لو بطل فيه بطل مقصودا لاجل حق الدعوة للبائع وانه لا يجوز وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبع ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا هذا اذا كان أصل العلوق فى ملكه وأما اذا لم يكن فى ملكه بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى امهما وهى حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين يثبت نسبهما أيضا لانهما لا يفترقان فيه لكن لا يعتق الذى ليس فى ملكه وان كان المشترى قد أعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق فى الملك بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لانها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الاصل فتبين أنه باع حرا (صبى عند رجل) أو عند غيره وهذا ليس بقيد وانما وقع اتفاقا (فقال) أى الرجل الذى عنده الصبى (هو ابن فلان) الغائب (ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه) أبدا (وان جحد) فلان الغائب (أن يكون) الصبى (ابنه) لان اقراره بنسبه من الغير يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة فى حق نفسه وهذا عند أبى حنيفة وقالا تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له ان يكون ابنه لان اقراره له بطل بجحود المقر له فصار كأن لم يقر له وله أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى فى حق نفسه لانه حجة فى حق نفسه (ولو كان) الصبى (فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى) هو (ابنى وقال المسلم) هو (عبدى) وادعياه معا (فهو) أى الصبى (حر) ويكون (ابن النصرانى) لانه ينال بذلك شرف الحرية فى الحال والاسلام فى المآل اذ دلائل الوحدانية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحتين وفى عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما أولى بخلاف ما اذا ادعى كل منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه أولى لاستوائهما فى دعوى البنوة فيرجح المسلم بالاسلام (وان كان صبى فى يد زوجين فزعم) الزوج (انه) أى أن الصبى (ابنه من غيرها) أى من غير الزوجة (وزعمت) الزوجة (انه) أى ان الصبى (ابنها من غيره) أى من غير الزوج (فهو) أى الصبى (ابنهما) أى ابن الزوجين لان كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح أحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه فيكون ابنهما هذا اذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه (ولدت مشتراته) أى جاريته التى اشتراها (فاستحقت) بأن ظهر لها مستحق فأخذها (غرم الاب) وهو المشترى (قيمة الولد) للمستحق (وهو) أى الولد (حر) لانه مغرور والنظر من الجانبين واجب وقد أمكن ذلك بأن يجعل الولد حر الاصل فى حق الاب ورقيقا فى حق المستحق فيضمن قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا يؤخذ من تركته ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أى سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت ثم استحقت روى ذلك عن عمر رضى الله عنه فى النكاح وعن على رضى الله عنه فى الشراء بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير

نكير

نكير فكان اجماعا (وان مات الولد) فى الصورة المذكورة قبل الخصومة (لم يضمن الاب قيمته) لانه لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب أمانة عندنا فأولى أن لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وقوله (وان ترك) الولد (مالا) واصل بما قبله لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه (وان قتل الولد) أى اذا قتل الولد قاتل وقبض الاب من ديته قدر قيمته (غرم الاب قيمته) أى يجب عليه ضمان قيمته وان لم يقبض شيأ لا يجب عليه شئ وان قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع يتحقق بقتله كما فى ولد المغصوب اذا أتلفه الغاصب (ويرجع) المشترى (بالثمن) أى بثمن الجارية (وقيمته) أى قيمة الولد (على بائعه) لانه صار كفيلا بما شرط عليه من البدل لان البيع مبنى على مساواة البدلين فى حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشترى سالما للبائع وجب أن يكون المبيع سالما للمشترى وذلك بأن يجعل البائع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كانه قال للمشترى ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك وكذا اذا هلكت عند المشترى فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان أخذ قيمتها منه كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا زوجه رجل على أنها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد مبنى على التزويج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فصار كالقائل أنا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد (لا) يرجع المشترى على البائع (بالعقر) أى بما لزمه من العقر وهو مهر المثل وعند الشافعى يرجع لانه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء فى ملك الغير لا يجوز أن يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشئ من قيمة الاولاد خلافا للشافعى رحمه الله والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاقرار) *

هو فى اللغة الاثبات يقال قر الشئ اذا ثبت وأقره غيره اذا أثبته وفى الشرع (هو) أى الاقرار (اخبار عن ثبوت حق للغير) وهذا كالجنس لانه يتناول الشهادة فانها أيضا اخبار عن ثبوت حق للغير وقوله (على نفسه) كالفصل يخرج ذلك وهذا شأن الحد أن يكون مشتملا على الجنس والفصل (اذا أقر حر) قيد به ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون له وقيد بقوله (مكلف) لان اقرار الصبى والمعتوه والمجنون لا يصح الا اذا كان الصبى أو المعتوه مأذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة كالديون والودائع والعوارى والمضاربات والغصوب بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها والنائم والمغمى عليه كالمجنون واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور لانه لا ينافى الخطاب الا اذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شئ وكذا شرب المتخذ من الحبوب أو العسل عندهما خلافا لمحمد والباء فى قوله (بحق)

يتعلق بأقر وقوله (صح) اقراره جواب اذا (ولو) كان المقر به (مجهولا كشئ أوحق) بان قال على لفلان شئ أوحق لان الحق قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا أو يجرح جراحة أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا أرشها ولا قدرها ولو كان المقر له مجهولا بأن قال على ألف لواحد من الناس لا يصح لانه لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعى وكذا اذا لم تتفاحش الجهالة بان قال على ألف لاحد هذين وذكر الناطفى فى واقعاته أن الجهالة اذا تفاحشت لا يجوز وان لم تتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفى مثله يؤمر بالتذكر لانه قد نسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان وفى النهاية اذا كان المقر عليه مجهولا بأن قال لك على أحدنا ألف درهم لا يصح للجهالة (ويجبر) المقر (على بيانه) أى بيان المجهول لانه لزمه الخروج عما التزمه وذلك بالبيان فيجبره الحاكم عليه (ويبين) المقر (ماله قيمة) لانه أخبر عن الواجب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب له فاذا بينه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة حنطة أو قطرة ماء وما أشبه ذلك ولو قال فى قوله على حق أردت به حق الاسلام لا يصدق لانه خلاف العرف (والقول للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه) لانه المنكر (وفى) قوله لفلان على (مال لم يصدق فى اقل من درهم) لان مادونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة هذا الذى قاله صاحب الهداية وقال القدورى يقبل قوله فى القليل والكثير لان المال عبارة عما يتمول به وذلك موجود فى القليل والكثير وفى شرح الكافى اذا بين مادون الدرهم نحو نصف درهم أو دانق قالوا القياس أن يصدق وفى الاستحسان أن لا يصدق فيما دون الدرهم وفى الاجناس فى نوادر هشام قال محمد لو قال لفلان على مال له أن يقر بدرهم وقال فى الهارونى لو قال لفلان على مال هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق فى أقل منه (و) فى قوله على (مال عظيم) يجب (نصاب) لانه عظيم فى الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا وعن أبى حنيفة لا يصدق فى أقل من عشرة لانه نصاب السرقة والمهر حيث يقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعند الشافعى وأحمد يصدق فى قليل وكثير هذا فى الدراهم وأما فى الدنانير لم يصدق فى أقل من عشرين دينارا ثم يعتبر أن يبلغ نصابا يؤخذ من جنسه الزكاة من المال الذى بينه فيه حتى اذا بينه فى الابل لا يصدق فى أقل من خمس وعشرين لان مادون ذلك قليل حيث لا يجب فيه الزكاة من جنسه وفى الشامل لو قال له درهم عظيم يلزمه درهم واحد وفى المنتقى فى المال القليل انه درهم وفى نوادر هشام عن محمد لو قال لفلان على مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتا درهم وفى كفاية البيهقى عن أبى يوسف لو قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله تضعيف مرة ولو قال له على دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا فعليه ثمانية عشر ولو قال عشرة وأضعافها مضاعفة يلزمه ثمانون درهما لان أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت مع العشرة تكون أربعين فأوجبها مضاعفة فتكون ثمانين (و) فى قوله له على (أموال عظام) يجب (ثلاثة نصب) من أى مال فسره لان أقل الجمع ثلاثة فلا يصدق فى أقل منه وان بينه بغير مال الزكاة يعتبر أن يبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب (و) فى قوله له على (دراهم كثيرة) يجب (عشرة) دراهم عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق فى أقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر وبه قال مالك فى رواية وعند الشافعى وأحمد يلزمه ما بين وله أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع

فكان

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة فعندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وعلى هذا اذا قال على ثياب كثيرة أو وصائف كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوى مائتى درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة أو بقرا كثيرة أو غنما كثيرة أو حنطة كثيرة ينصرف الى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل وثلاثون من البقر وأربعون من الغنم وخمسة أوسق من الحنطة وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال له على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفى لم أجد منصوصا وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان (و) فى قوله له على (دراهم) يجب (ثلاثة) دراهم لانه أقل الجمع (ولو قال) له على (كذا درهما) يجب (درهم) لانه تفسير للمبهم وفى الذخيرة يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد وأقله اثنان وفى الاختيار يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روى عن محمد أنه يلزمه مائة وعند الشافعى وأحمد يلزمه درهم فى الرفع والنصب وفى الخفض جزؤه (و) لو قال له على (كذا كذا) درهما يجب (أحد عشر) درهما لانه ذكر عددين مبهمين بغير حرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر أحد عشر وأكثره تسعة عشر فالاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه وعند الشافعى يلزمه درهم (و) لو قال له على (كذا وكذا) بحرف العطف يجب (أحد وعشرون) درهما لانه فصل بينهما بحرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر أحد وعشرون وأكثره تسعة وتسعون فالاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه وعند الشافعى يلزمه درهمان (ولو ثلث) بتشديد اللام (بالواو) بأن قال كذا وكذا وكذا درهما (تزاد مائة) على أحد وعشرين فيجب مائة وأحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب أحد عشر لانه لا نظير له فلا يزاد على الاول (ولو ربع) بتشديد الباء بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا درهما (زيد) على المائة وأحد وعشرين (الف) درهم فيجب الف ومائة وأحد وعشرون ولو خمس بأن قال كذو كذا وكذا وكذا وكذا ينبغى أن يزاد عشرة آلاف ولو سدس بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا وكذا وكذا يزاد مائة ألف ولو سبع بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا وكذا وكذا وكذا يزاد ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت به العادة الى ما لا يتناهى ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه احد عشر منهما بالسوية بخلاف ما اذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر ولو قال له (على أو) قال له (قبلى) فهو (اقرار بدين) لان على للوجوب وقبلى تنبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان أى ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن ولو قال أردت به وديعة ووصل صدق فيهما وفى بعض نسخ مختصر القدورى فى قوله قبلى اقرار بالامانة والاول هو الاصح ولو قال (عندى) أو قال (معى) أو قال (فى بيتى) أو قال (فى صندوقى) أو قال (فى كيسى) فهو اقرار (بالامانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدناهما فيحمل عليها للتيقن به وفى شرح الكافى لو قال له فى مالى مائة درهم أو قال فى دراهمى هذه مائة درهم فهذا اقرار بالشركة ولو قال له من مالى ألف درهم أو قال له من دراهمى هذه فهذه هبة ولا يجوز الا أن يدفعها اليه

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

ولو قال له فى مالى ألف درهم لاحق لى فيه فهذا اقرار بالدين ولو (قال) رجل لآخر (لى عليك الف) درهم مثلا (فقال) المخاطب (اتزنه) أى الالف (او انتقدها او أجلنى به او قضيتكه او احلتك به فهو اقرار) لان الهاء كناية عن المذكور فى الدعوى فى جميع ذلك فصار كأنه أعاد المدعى فيكون اقرارا (و) لو قال (بلا كناية) أى بغير هاء الضمير بأن قال اتزن أو انتقد أو أجلنى أو قضيت أو أحلت (لا) يكون اقرارا وعند الشافعى وأحمد يكون اقرارا فى قوله اتزنه أو انتقده مطلقا يعنى بالكناية وغيرها وفى قوله قضيتكه اقرار مطلقا عند الثلاثة وفى شرح الكافى اذا قال الرجل للرجل اقضنى الالف التى عليك فقال نعم أو قال سأعطيكها أو غدا أعطيكها أو سوف أعطيكها أو اقعد فاتزنها أو اقعد فانتقدها او اقعد فاقبضها أو قال لم تحل بعد أو قال اتزنها أو اعددها أو خذها أو أرسل غدا من يتزنها أو من يقبضها أو قال ليست عندى اليوم أو ليست بمهيأة اليوم يكون ذلك اقرارا وكذا لو قال أجلنى فيها أو نفسنى فيها أو قال ما أكثر ما تتقاضانيها أو قال غممتنى بها أو ألزمتنى بها أو آذيتنى فيها أو قال والله لا أقضيكها أو لا أؤديها اليك اليوم أو لا تأخذها منى اليوم وكذا لو قال حتى يدخل على مالى أو حتى يقدم على غلامى فهذا كله اقرار (وان أقر) رجل (بدين مؤجل وادعى المقرله انه) أى ان الدين (حال لزمه) أى المقر حال كون الدين (حالا) لانه أقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقرله فاقراره فى حقه حجة ولا تقبل دعواه بغير حجة وعند الشافعى وأحمد لزمه مؤجلا مع يمينه (وحلف المقرله على الاجل) لانه المنكر للاجل ولو قال له (على مائة ودرهم فهى) أى المائة (دراهم) استحسانا لوقوع درهم تفسيرا للمائة المبهمة والقياس أن يرجع فى تفسير المائة اليه وهو قول الشافعى ولو قال له على (مائة وثوب) يلزمه الثوب ولكن (يفسر المائة) لانها مبهمة والثوب عطف عليها لا تفسير لها (وكذا) الحكم فى قوله له على (مائة وثوبان) يلزمه الثوبان ويفسر المائة لما قلنا (بخلاف) ما اذا قال له على (مائة وثلاثة أثواب) حيث تكون الاثواب تفسيرا للمائة لانه ذكر عددين مبهمين وأردفهما بالتفسير وصرفت اليهما لعدم العاطف وعند الشافعى ومالك تفسير المائة اليه فى الكل وعند أحمد المبهم من جنس المفسر فى الفصلين (اقر بتمر فى قوصرة) وهى وعاء يعمل من الخوص وغيره ويقال وعاء للتمر منسوج من قصب قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فأحسبها دخيلا وقد روى أفلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا أدرى ما صحة هذا البيت (لزماه) أى التمر والقوصرة لان الاقرار بالمظروف لا يتحقق بدون ظرفه حتى لو قال من قوصرة لا تلزمه القوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون مقرا بالمنزوع وعلى هذا الطعام فى الجوالق أو فى السفينة وكذا لو أقر بغصب ثوب فى منديل وعند الثلاثة لزمه التمر فقط أو الثوب فقط (و) لو أقر (بدابة فى اصطبل لزمته الدابة فقط) يعنى لا يلزمه الاصطبل لان غصب العقار لا يتحقق عندهما وعلى قياس قول محمد يضمنهما وعلى هذا الطعام فى البيت (و) لو أقر (بخاتم له الحلقة والفص) جميعا لاطلاق الاسم على جميع الاجزاء ولهذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسمية (و) لو أقر (بسيف له) أى للمقرله (النصل) وهو حديدته (والجفن) بفتح الجيم وهو غمده أى غلافه (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف مثل المحمل وقال الاصمعى حمائل السيف لا واحد لها من لفظها وانما واحدها محمل وذلك لان اسم السيف ينطلق

على

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

على الكل (ولو) أقر (بحجلة) بتقديم الحاء على الجيم وهو بيت يزين بالثياب والاسرة والستور ويجمع على حجال (له) أى المقر له (العيدان) وهو جمع عود (والكسوة) لان الاسم يطلق على هذه الجملة (و) لو أقر (بثوب فى منديل او) بثوب (فى ثوب لزماه) أى الثوب والمنديل فى الصورة الاولى والثوبان فى الصورة الثانية لانه ظرف له فيدخل فيه بخلاف ما اذا قال غصبت اكافا على حمار حيث يلزمه الا كاف خاصة دون الحمار (و) لو أقر (بثوب فى عشرة) أثواب (له) أى للمقر له (ثوب) خاصة عند أبى يوسف وعند محمد عليه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة فى جوالق ولابى يوسف وهو قول ابى حنيفة ان العشرة لاتكون ظرفا للثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة (و) لو أقر (بخمسة فى خمسة و) الحال انه (عنى الضرب) أى الحساب لزمه (خمسة) عندنا وقال زفر عليه عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون بعرف الحساب هكذا قال الشارح وفى التقريب مذهب زفر مثل قول الحسن وكذا قال فى المجمع وان أراد الحساب ألزمناه بخمسة لا خمسة وعشرين فهذا كما عرفت يدل على أن اللازم عند زفر خمسة وعشرون كما هو مذهب الحسن وهو قول أحمد ورواية عن مالك أيضا ولنا أن الضرب لايكثر المال المضروب وانما يكثر الاجزاء وتكثير الاجزاء لايوجب التعدد (و) يلزمه (عشرة ان عنى) أى ان قصد المقر معنى (مع) لان اللفظ يحتمل المعية معنى فقد نوى محتمل كلامه فيصدق ولو قال (له) أى لفلان (على من درهم الى عشرة او) قال له على (ما بين درهم الى عشرة له) أى للمقر له (تسعة) عند أبى حنيفة وقالا عشرة وهو قول الثلاثة وفى قول عنهم تسعة وعند زفر ثمانية الاصل فى ذلك أن عنده يدخل الابتداء ولا يدخل الانتهاء وعندهما يدخلان جميعا وعند زفر لايدخلان جميعا وهو القياس كما لو قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين فان الحائطين لايدخلان فى الاقرار بالاجماع وهو معنى قوله ولو قال (له) أى لفلان (من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له) أى للمقر له (ما بينهما) أى ما بين الحائطين (فقط) يعنى دون الحائطين لان الغاية لاتدخل تحت المغيا فى المحسوس ولا المبدأ بخلاف ما تقدم (وصح الاقرار بالحمل) بان قال حمل جاريتى هذه لفلان أو حمل شاتى هذه فانه يصح لان فى تصحيحه وجها وهو الوصية من جهة غيره فيحمل عليه ثم ان كان المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده عند الاقرار أو احتمل ذلك بأن تضعه لاقل من ستة أشهر (و) صح أيضا (للحمل) أى لحمل امرأة مثلا ولكن انما يصح (ان بين سببا صالحا) بأن يقول مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان وهذا عند أبى يوسف وعند محمد يجوز وان لم يبين السبب لانه يمكن أن يحمل على الاسباب الصالحة لثبوت الملك تصحيحا للاقرار وبه قالت الثلاثة ولابى يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الواجب بالمعاملات دون غيره وذلك لا يتصور فى الجنين الا اذا بين سببا صالحا ثم اذا صح الاقرار للحمل انما يصح اذا جاءت به فى مدة يعلم أنه كان موجودا وقت الاقرار أو يحتمل وذلك بأن تضعه لاقل من ستة أشهر اذا كانت ذات زوج أو لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما اقر به وان ولدته ميتا يرد الى ورثة الموصى أو ورثة أبيه وان ولدت ولدين فان كانا ذكرين أو انثيين فهو بينهما نصفان وان كان أحدهما ذكرا والآخر انثى فكذلك فى الوصية وفى الارث للذكر مثل حظ

الاثنين (والا) أى وان لم يبين سببا صالحا وهذا يعم الوجهين الاول أن يبين سببا غير صالح مثل ما اذا قال باعنى أو أقرضنى أو اجرنى (لا) يصح اقراره بل يلغو الوجه الثانى أن يبهم الاقرار فهو على الخلاف المذكور (وان اقر بشرط الخيار) بأن قال له على ألف درهم قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على أنى بالخيار ثلاثة أيام (لزمه المال) لان الاقرار حجة ملزمة على ما بينا (وبطل الشرط) لان الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار ولانه فى معنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل ذلك وأما اذا قال له على ألف درهم من ثمن مبيع اشتريته على أنى بالخيار صح ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له أو أقام على ذلك بينة وان كذبه لم يثبت وكان القول قول المقر له لانه من العوارض كالاجل والقول فيها قول المنكر والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاستثناء وما فى معناه)

الاستثناء طلب الثنيا من الثنى وهو الصرف وفى اصطلاح الفقهاء هو تكلم بالباقى بعد الثنيا عندنا وعند الشافعى اخراج بعد الدخول بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جائز فى الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وثمرة الخلاف فيما اذا قال له على ألف درهم الا مائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقى وكان مانعا من الدخول شككنا فى المتكلم به والاصل فراغ الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك فصار نظير ما لو قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك فى المخرج فخرج الاقل وهو خمسون والباقى على حاله قوله وما فى معناه مثل قوله له على ألف من ثمن عبد لم أقبضه فان قوله لم أقبضه فى معنى الاستثناء (صح استثناء بعض ما اقر به) حال كون الاستثناء (متصلا) قيد به لانه اذا استثنى غير متصل لم يصح الاستثناء وانما شرط الاتصال لان الكلام لا يتم الا بآخره فاذا انقطع الكلام فقد تم فلا يعتبر الاستثناء بعده (ولزمه الباقى) أى المستثنى منه نحو ما اذا قال له على عشرة الا درهما يلزمه تسعة دراهم واطلاق لفظ البعض دليل على ان استثناء الاكثر جائز نحو له على عشرة الا تسعة يلزمه درهم واحد وعند أحمد لا يصح استثناء الاكثر (لا) يصح (استثناء الكل) وهو الاستثناء المستغرق نحو له على عشرة الا عشرة لانه رجوع فلا يصح الا اذا كان بخلاف لفظ المستثنى منه نحو عبيدى أحرار الا هؤلاء أو نسائى طوالق الا هؤلاء أو عبيدى أحرار الا مبارك وسالم وبزيع أو نسائى طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى صح الاستثناء فلا يعتق واحد منهم ولا تطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شئ من المستثنى منه اذ اللفظ صالح له وذلك يكفى لصحة الاستثناء (وصح استثناء الكيلى والوزنى من الدراهم) نحو ما اذا قال له على ألف درهم الا قفيز حنطة أو الا دينارا صح ذلك وكذا لو قال له على مائة دينار الا قفيز شعير أو الا عشرة دراهم صح عندهما وقال محمد لا يصح لانه استثنى خلاف الجنس فصار كما لو قال الا شاة وبه قال زفر وأحمد ولهما أنه استثنى مقدارا من مقدار وهو جنسه معنى بخلاف الشاة (لا) يصح استثناء (غيرهما) أى غير الكيلى والوزنى من الدراهم كما اذا قال له على مائة درهم الا ثوبا أو الا شاة وقال الشافعى يصح من حيث انهما متحدان من حيث المالية وبه قال مالك ولنا ما قلنا (ولو وصل) المقر (باقراره ان شاء الله بطل اقراره) خلافا لاحمد لانه ابطال أو

تعليق

قوله فصار الخ كذا فى النسخ بعده وما بعده صورة غير المغصوب مع ان الاستثناء من تام موجب.

تعليق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر وان كان الثانى فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال لفلان على ألف درهم ان شاء فلان كان الاقرار باطلا وان شاء فلان لانه علقه بشرط فى وجوده خطر وكذا كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار أو ان مطرت السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو أراده او رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره ولو قال اشهدوا أن له على ألف درهم ان مت فهو عليه ان مات أو عاش لانه ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة وكذا اذا قال اذا جاء رأس الشهر أو أفطر الناس أو الى الفطر أو الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت المذكور فيقبل اقراره ودعواه الاجل لا تقبل الا ببينة فان قلت ما معنى قولهم الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق قلت انه ابطال عند محمد وتعليق عند أبى يوسف بيانه فيما قال فى الفتاوى الصغرى والتتمه اذا قال أنت طالق ان شاء الله فهو يمين عند أبى يوسف حتى لو قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها أنت طالق ان شاء الله يحنث وعند محمد لا يكون يمينا حتى لا يحنث به وفى الواقعات الحسامية رجل قال لامرأته أنت طالق يجرى على لسانه ان شاء الله من غير قصد وكان قصده ايقاع الطلاق لا يقع الطلاق لان الاستثناء موجود حقيقة والكلام مع الاستثناء لا يكون ايقاعا (ولو استثنى البناء من الدار) بأن قال هذه الدار لزيد والبناء لنفسى (فهما) أى الدار والبناء جميعا (للمقر له) لان البناء داخل فى الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف فى اللفظ فلم يصح وعند الثلاثة يصح (وان قال) المقر (بناؤها لى والعرصة) أى البقعة (لك فهو) أى الحكم أو اقراره (كما قال) بأن يكون البناء له والعرصة للمقر له لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كأنه قال بياض هذه الدار دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة الارض بان قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان حيث يكون له البناء أيضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل منهما ما أقر له به (ولو قال) رجل (على ألف) لفلان (من ثمن عبد) اشتريته منه و(لم اقبضه) أى العبد (فان عين) المقر (العبد) بأن ذكر عبدا بعينه (وسلمه) أى المقر له سلم العبد (اليه) أى الى المقر (لزمه) أى المقر المشترى (الالف) لانه أقر بالف على صفة فتلزمه على الصفة التى أقر بها (والا) أى وان لم يسلم المقر له العبد الى المقر (لا) يلزمه شئ لما ذكرنا (وان لم يعين) المقر العبد (لزمه الالف) عند أبى حنيفة ولم يصدق فى قوله ما قبضت العبد وصل كلامه أو فصل وقالا ان وصل صدق ولا يلزمه شئ وان فصل فان أنكر المقر له سبب الوجوب لم يصدق وان صدقه المقر لانه بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا وبه قالت الثلاثة وله أنه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لا موصولا ولا مفصولا وبه قال زفر والحسن كذا فى التقريب (كقوله) أى كقول المقر أى كما يلزمه الالف فى قوله له على ألف (من ثمن خمر او خنزير) ولم يقبل هذا التفسير عند أبى حنيفة وصل أو فصل وعندهما يصدق ان وصل ولا يلزمه الالف على ما مر ولو قال له على ألف درهم حرام أو ربا فهى لازمة لاحتمال أن يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال زورا أو باطلا ان صدقه المقر له فلا شئ عليه وان كذبه لزمه (ولو قال) له على ألف (من ثمن متاع او قرض وهى زيوف) جمع زيف وهو ما زيفه بيت المال ولا يقبله (أو) قال هى (نبهرجة) وهى

ماتردّه التجار (لزمه الجياد) عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أو فصل وكذا اذا قال ستوقة أو رصاص لان العقد يقتضي سلامة العوضين عن العيب وادعاء العيب رجوع عن بعض موجب العقد فلا تسمع وقالا يصدق اذا وصل لما مرّ وبه قالت الثلاثة (بخلاف الغصب والوديعة) بأن قال له علي ألف درهم غصبته منه الا أنها زيوف أو له عندي ألف درهم وديعة الا أنها زيوف فانه يصدق مطلقا لان الغصب لا يقتضي السلامة وكذا الوديعة وكذا لو قال الا انها نبهرجة لانها نوع من الدراهم ولو قال الا انها ستوقة لا يصدق الا موصولا لانها ليست من جنس الدراهم وعند الشافعي وأحمد يلزمه الجياد مطلقا في الكل (ولو قال) المقرّ له علي ألف درهم (الا انه ينقص كذا) مائة درهم مثلا واستثنى ذلك استثناء (متصلا) بكلامه (صدّق) لانه استثناء القدر فيكون تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا (والا) أي وان لم يستثن متصلا (لا) يصدق ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال فعن أبي يوسف انه يصح اذا وصله به وعليه الفتوى (ومن أقرّ بغصب ثوب وجاء بمعيب) أي بثوب معيب (صدّق) لان الغصب لا يختص بالتسليم كالوديعة على ما بينا (وان قال) المقرّ (أخذت منك ألفا وديعة وهلكت) عندي (وقال) المقرّ له بل (أخذتها) حال كونها (غصبا) أو حال كونك غاصبا (فهو) أي المقرّ (ضامن) لانه أقرّ بسبب الضمان وهو الاخذ ثم انه ادّعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال المقرّ له بل أخذتها قرضا حيث يكون القول للمقرّ لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل باذنه وهذا لا يوجب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعى عليه العقد وذلك ينكر فالقول قول المنكر (وان قال) المقرّ (أعطيتنيها) أي الالف (وديعة) أي لاجل كونها وديعة عندي وهلكت عندي (وقال) المالك المقرّ له (لا) بل (غصبتها) مني (لا) يضمن المقرّ لانه لم يقرّ بسبب الضمان بل أقرّ بالاعطاء وهو فعل المقرّ له فلا يكون مقرّا على نفسه بسبب الضمان والمقرّ له يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكر فالقول قوله (وان قال) رجل (هذا) الشيء (كان وديعة) كائنة (لي عندك فأخذته فقال) المقرّ له (هو) أي هذا الشيء (لي أخذته) المقرّ له لان المقرّ أقرّ باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان ثم ادّعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه ردّ العين ان كان قائما والا قيمته (وان قال أجرت بعيري أو ثوبي هذا فلانا فركبه) أي البعير (أو لبسه) أي الثوب (فردّه) الي وقال فلان بل هو مالي (فالقول) في ذلك (للمقرّ) عند أبي حنيفة استحسانا وقالا القول قول المقرّ له قياسا وبه قالت الثلاثة وعلى هذا العارية والاسكان بأن قال أعرت فلانا ثوبي ثم أخذته منه أو أسكنت فلانا داري ثم أخذتها منه وقال فلان بل هو لي فعلى الخلاف المذكور وجه القياس أنه أقرّ باليد له ثم ادّعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد وجه الاستحسان أن اليد في الاجارة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون اقرارا باليد له مقصودا فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقرّ وفي الاسرار الاختلاف فيما اذا لم تكن الدابة معروفة للمقرّ ولو كانت معروفة كان القول قوله بالاجماع ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه وانكر المقرّ له كان القول قوله فله أن يأخذها منه وهذا أظهر ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا

الكرم

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

الكرم وذلك كله فى يد المقرّ وقال المقرّ له الملك ملكى وفعلت ذلك لنفسى وقال المقرّ لا بل استعنت بك ففعلت أوفعلته باجر كان القول للمقرّ ولو قال انّ هذا اللبن أوهذا السمن أوهذا الجبن من بقرة فلان أوهذا الصوف من غنمه أوهذا التمر من نخلته وادّعى فلان أنه له أمر بالدفع اليه لانّ الاقرار بملك الشئ اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل (ولو قال هذا الالف وديعة فلان) عندى ثم قال (لا بل وديعة لفلان فالالف) الذى ذكره يكون (للاوّل) أى للمقرّ له الاوّل (وعلى المقرّ) ألف (مثله) أى مثل الالف الاول (للثانى) أى للمقرّ له الثانى لانّ الاقرار صح للاوّل وقوله لا بل وديعة فلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله فى حق الاوّل ويجب عليه ضمان مثلها للثانى لانه أقرّ له بها وقد أتلف عليه باقراره بها للاوّل فيضمن له بخلاف ما اذا قال هى لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثانى شئ لانه لم يقرّ بالايداع منه وانما أقرّ به للاوّل ثم رجع وشهد به للثانى فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل

هذا (باب) فى بيان أحكام (اقرار المريض دين الصحة)

(وما) أى الذى أى الدين الذى (لزمه فى مرضه بسبب معروف) وهو كل دين وجب عليه من ثمن مال ملكه أواستهلكه أوعلم وجوبه بالبينة (قدم على ما أقرّ به فى مرضه) وقال الشافعى رحمه الله الدينان سواء لانه اقرار لا تهمة فيه لانه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق فى الحالين وبه قال مالك وأحمد ولنا أنّ حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى أول مرضه لانه عجز عن قضائه من مال آخر فالاقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه ومدفوعا به وانما استوى الدين المعروف السبب ودين الصحة لانه لما علم سببه انتفى التهمة فى الاقرار به (وأخر الارث عنه) أى عن الذى أقرّ به فى حالة المرض لانّ الورثة لا تستحق شيأ من مال الميت مادام عليه دين (وان أقرّ المريض لوارثه بطل) وقال الشافعى لا يبطل لانه مال له اقربه لغيره فيصح كما فى حال الصحة وعند مالك يصح اذا لم يتهم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه ضرر لبقية الورثة (الا أن يصدقه) أى المريض (البقية) من الورثة لانّ الحجر كان لحقهم فاذا صدّقوه فقد أقرّوا بتقدمه عليهم فليلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فأقرّ بقبضه لا يصح الا أن يصدقه البقية (وان اقرّ) المريض (لاجنبى صح) لعدم التهمة (وان أحاط) اقراره أى وان استغرق (بماله) وعند أحمد يصح من الثلث (وان أقرّ لاجنبى ثم أقرّ ببنوّته) أى بأنه ابن له (ثبت نسبه) لانّ النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه (وبطل اقراره) لانه تبين أنه أقرّ للوارث الا عند الشافعى فى الاصح ومالك لا يبطل اذا لم يتهم (وان أقرّ) المريض (لاجنبية) أى امرأة أجنبية (ثم نكحها صح) اقراره لها وقال زفر لا يصح لانها وارثة عند الموت فحصل التهمة ولنا أنه أقرّ وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده (بخلاف الهبة والوصية) حيث لا يصحان لها أيضا كما لا يصح للوارث صورته أن يهب لاجنبية شيأ أو يوصى لها بشئ ثم يتزوجها فانها لا تصح لانّ الوصية تمليك بعد الموت وهى وارثة حينئذ فلا تصح والهبة فى المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث فلا تصح أيضا (وان أقرّ لمن طلقها ثلاثا فيه) أى فى المرض (فلها الاقل من الارث والدين) لانهما متهمان فى ذلك لانسداد باب الاقرار للوارث فلعل الاقدام على الطلاق لتصحيح الاقرار لها زيادة على ميراثها والتهمة منتفية عن

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

أقل الامرين وفى قول عن الشافعى لا يلزم الاقرار وهذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها الا نها وارثة اذ هو فار (وان أقر) رجل (بغلام مجهول) النسب (يولد مثله) أى مثل هذا الغلام (لمثله) أى لمثل هذا المريض قيد به لانه اذا كان أكبر منه سنا كذبه الظاهر حتى عند مالك لو كذبه العرف بأن يكون هنديا والغلام فارسيا لا يثبت نسبه (أنه) أى ان هذا الغلام (ابنه فصدقه) أى المقر (الغلام) قيد به لان المسئلة فى الغلام المعبر عن نفسه لانه حينئذ يكون فى يد نفسه بخلاف الصغير لانه فى يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر تصديقه وعند الثلاثة يثبت نسبه بلا تصديقه أيضا لو غير مكلف (ثبت نسبه) لانه من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه (ولو كان) المقر فى حال اقراره (مريضا وشارك) الغلام (الورثة) فى الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب (وصح اقراره) أى اقرار الرجل (بالولد والوالدين والزوجة والمولى) لانه ليس فيه حمل النسب على غيره فيقبل (و) صح (اقرارها) أى اقرار المرأة (بالوالدين والزوج والمولى) لما ذكرنا (و) صح اقرارها أيضا (بالولد) بأحد الشرطين اشار الى الاول بقوله (ان شهدت قابلة) بولادته منها وأشار الى الثانى بقوله (أو صدقها زوجها) لان الولد للفراش والحق له فاذا صدقها فقد أقر به هذا اذا كانت المرأة ذات زوج أو معتدة وادعت أن الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها أما اذا لم يكن لها زوج ولا هى معتدة أو كان لها زوج وادعت أن الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (ولا بد من تصديق هؤلاء) يعنى تصديق الولد والوالدين والزوجة والمولى والزوج لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه (وصح التصديق) أى تصديق هؤلاء (بعد موت المقر) لان النسب يبقى بعد الموت (لا تصديق الزوج) بالزوجية (بعد موتها) أى بعد موت المرأة فانه لا يصح لانقطاع النكاح وكذا اذا أقر الرجل بالزوجية فصدقته المرأة بعد موته عند أبى حنيفة وعندهما يجوز تصديقها بعد موته لبقاء النكاح بعد موت المرأة فى حق الارث والاقرار قائم والتكذيب منه لم يوجد فصح التصديق فى هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها ولهذا لو أقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل (وان أقر) رجل (بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت) نسبه منه لان فيه حمل النسب على غيره فلا يجوز الا باقامة البينة الا فى حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة عليهما (فان لم يكن له) أى للمقر بأنه أخوه أو عمه (وارث غيره) أى غير نحو الاخ والعم قريب أو بعيد (ورثه) لانه مقر بشيئين بالنسب فيه مقر على غيره فلا يجوز وباستحقاق ماله بعده ففيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم وقال الشافعى رحمه الله تعالى يثبت نسبه منه ولا يشارك الميراث وفى قول لا يثبتان وفى قول يثبتان (وان كان) له وارث قريب كذوى الارحام أو بعيد كمولى الموالاة (لا) يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان أو بعيدا (ومن مات أبوه فأقر بأخ شركه) الاخ (فى الارث ولم يثبت نسبه) لما ذكرنا أن اقراره مقبول فى حق نفسه غير مقبول فى حق غيره فمن هذه المسئلة بعينها فهمت مما تقدم فتقع هذه

مكررة

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

مكررة * قلت ليس كذلك لان المقر في المسئلة السابقة مورث وههنا وارث وان كانا سواء في عدم ثبوت النسب وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده وعندهما تأخذ خمسه ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين اخماسا وعندهما ارباعا ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة هي أم الميت أخذت سدس ما في يده (وان ترك) الميت (ابنين وله) أي للميت (على) شخص (آخر مائة درهم (فأقر أحدهما) أي أحد الابنين (بقبض أبيه خمسين) درهما (منها) أي من المائة (فلا شئ للمقر وللآخر) أي وللابن الآخر (خمسون) لانه أقر بالدين على الميت وكذبه أخوه فينفذ في حقه خاصة ففي زعمه على الميت خمسون والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين وان تصادقا على أنه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على أخيه لرجع أخوه على الغريم بما بقى من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما أخذه من أخيه المكذب لان الوارث لا يأخذ شيأ الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وعلى مذهب ابن أبي ليلى أن المقر يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل شائعا فاقراره في حقه مقبول فيصح وفي حق أخيه غير مقبول فلا يصح والله أعلم

* هذا (كتاب) في بيان أحكام (الصلح) *

هو اسم بمعنى المصالحة وهي المسالمة خلاف المخاصمة وأصله من الصلاح ضد الفساد وفي الشرع (هو) أي الصلح (عقد يرفع النزاع) من بين المدعي والمدعى عليه ويقطع الخصومة (وهو) أي الصلح (جائز باقرار وسكوت وانكار) لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا أخرجه أبو داود وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع الانكار والسكوت لانه ما صلح أحل حراما لانه أخذ المال بغير حق في زعم المدعى عليه فكان رشوة ولنا ما قلنا ومعنى قوله أحل حراما أو حرم حلالا أي لعينه كما اذا صالح على ترك وطء الضرة أو على أن لا يتصرف في بدل الصلح أو ان يجعل عوض الصلح خمرا أو خنزيرا (فان وقع) الصلح (عن مال بمال) حال كونه (باقرار) من المدعى عليه (اعتبر) هذا الصلح (بيعا) لوقوع المبادلة بالمالين في حق المتصالحين بتراضيهما ثم أشار الى فائدته بالفاء بقوله (فيثبت فيه) أي في هذا الصلح (الشفعة) في العقار بان كانت الدعوى في دار في يد رجل قد أقر له بها فصالح المدعى على مال معين دفعه اليه فهذا في المعنى بيع وللجار ان يطلب الشفعة فيه (و) يثبت (الرد) أي جواز الرد (بالعيب) بان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعي فيه عيبا له أن يرده لانه اعتبر بيعا (و) يثبت (خيار الرؤية) بان لم يرا المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه له الخيار فيه كما في شراء ما لم يره (و) يثبت خيار (الشرط) بان تصالحا على شئ فشرط أحدهما الخيار لنفسه لانه من أحكام البيع (ويفسده) أي الصلح (جهالة البدل) أي الذي وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن (لا) يفسده (جهالة المصالح عنه) لانه لا يحتاج فيه الى تسليمه فلا تضر الجهالة بخلاف بدل الصلح فانه يحتاج فيه الى تسليمه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى

Digitized by Google	Original from INDIANA UNIVERSITY

(وان استحق بعض المصالح عنه) فى الصلح عن اقرار (أو) استحق (كله رجع المدّعى عليه) وهو المصالح عن اقرار (بحصة ذلك) أى الاستحقاق (من العوض) وهو بدل الصلح الذى دفعه الى المدّعى صورته أدعى زيد دارا فى يد عمرو فأقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما (أو) رجع المدّعى عليه (بكله) أى بكل العوض اذا استحق كل المصالح عنه مثلا اذا استحقت الدار كلها فى الصورة المذكورة رجع عمرو على زيد بمائة درهم وهو كل العوض (ولو استحق كل المصالح عليه) وهو بدل الصلح (أو) استحق (بعضه) أى بعض المصالح عليه (رجع) المدّعى على المدّعى عليه (بكل المصالح عنه) لانه مبادلة (أو) رجع (ببعضه) أى ببعض المصالح عنه لانه حكم المعاوضة (وان وقع) الصلح عن اقرار (عن مال بمنفعة اعتبر) هذا الصلح (اجارة) صورته أدعى على رجل شيأ فاعترف به ثم صالحه على سكنى دار سنة أو على ركوب دابة مدة معلومة أو على لبس ثوبه أو خدمة عبده أو زراعة أرضه مدة معلومة فهذا الصلح جائز فيكون فى معنى الاجارة فتجرى فيه أحكام الاجارة أشار اليها بالفاء بقوله (فيشترط التوقيت) لكن هذا فى الاجير الخاص بأن ادعى شيأ فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى سنة وفيما عدا ذلك لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة الى موضع أو حمل الطعام اليه (ويبطل) الصلح المذكور (بموت أحدهما) أى أحد المتصالحين لانهما كالمؤجر والمستأجر فيرجع بالمدّعى وكذا يبطل بفوات محل المنفعة قبل الاستيفاء ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقى ويرجع بالمدّعى بقدره وهذا كله قول محمد وهو القياس لانه اجارة وهى تبطل بذلك وقال أبو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدّعى عليه بل المدعى يستوفى المنافع على حاله وان مات المدّعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل فى ركوب الدابة ولبس الثوب وفيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدّعى عليه يبقى وان مات المدّعى يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه فيه وان قتل العبد يبطل الصلح عند محمد مطلقا كالاجارة وعند أبى يوسف يتطرف فان قتله المدعى أو الاجنبى يضمن قيمته ويشترى بقيمته عبدا فيخدمه ولكن يثبت له الخيار وان قتله المدّعى عليه يبطل بالاجماع كما اذا مات حتف أنفه أو أعتقه المولى (والصلح) اذا وقع (عن انكار أو سكوت فداء اليمين فى حق المنكر) لان فى زعمه لا حق عليه وان المدّعى مبطل فى دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف ولتنقطع الخصومة (ومعاوضة فى حق المدّعى) لان فى زعمه انه يأخذه عوضا عن ماله وانه محق فى دعواه ويجوز أن يكون لشئ واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل فى المتناكحين والحرمة فى أصولهما وفروعهما فيؤاخذ كل واحد منهما بما يزعم ثم أشار الى ما يترتب على هذا الصلح بالفاء بقوله (فلا شفعة) بواجبة (ان صالحا) أى المدّعى والمدّعى عليه (عن دارهما) أى بالانكار والسكوت صورته ادعى على رجل دارا فانكر أو سكت ثم صالح عنها بدفع شئ آخر لا يجب فى داره الشفعة لانه يدعى أنها داره وانه يستبقيها على ما كانت عليه وان الذى دفعه الى المدّعى ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة (وتجب) الشفعة (لو صالحا) أى المدّعى والمدّعى عليه (على دارهما) أى بالانكار والسكوت

صورته

صورته ادّعى على رجل شيأ فصالحه على دار فدفعها اليه وجبت فيها الشفعة لان المدّعى يدعى انه يأخذها عوضا عما ادّعى فكان معاوضة على زعمه فيجب فيها الشفعة حتى لو ادّعى دارا فانكر فصالحه عنها على دار أخرى وجبت الشفعة فى الدار التى صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الآخر المعاوضة لايمنع وجوب الشفعة فيها (ولو استحق المتنازع فيه) بان ادّعى رجل على شخص شيأ فانكر ثم صالحه على شئ ثم استحق المدعى وهو المتنازع فيه (رجع المدّعى بالخصومة) مع المستحق (ورد البدل) أى العوض الذى أخذه الى المدّعى عليه توضيحه زيد ادّعى دارا فى يد عمرو فأنكر عمرو أو سكت ثم صالح على مائة فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو ثم استحق كل الدار فان زيدا يرد المائة الى عمرو ويرجع بالخصومة فى الدار الى المستحق لانه قام مقام المدّعى عليه حين أخذ المدّعى منه فيكون له أن يخاصمه (ولو) استحق (بعضه) أى بعض المتنازع فيه (فبقدره) أى فيرد المدعى الى المدعى عليه بقدر مااستحق صورته استحق نصف الدار مستحق فى المسئلة المذكورة يرد زيد خمسين الى عمرو ويرجع الى المستحق بالخصومة فى النصف الباقى (ولو استحق المصالح عليه) أى الذى وقع عليه الصلح اما كله (أو) استحق (بعضه رجع) المدعى (الى الدعوى فى كله) ان استحق كل العوض (أو) رجع الى الدعوى فى (بعضه) ان استحق البعض لان المدعى ماترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بأن قال أحدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بان المدعى ملك المدعى فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه مايدل على انه أقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة (وهلاك بدل الصلح) وهو العوض (قبل التسليم كاستحقاقه) أى كاستحقاق بدل الصلح فاذا كان كاستحقاقه يبطل به الصلح لان هلاك البدل فى البيع يبطل البيع فكذا هذا فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح فى قدره ويبقى فى الباقى كما فى الاستحقاق هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه (فى الفصلين) أى فى فصل الاقرار وفصل الانكار والسكوت

* هذا (فصل) فى أقسام الصلح * (الصلح جائز من دعوى المال) لانه فى معنى البيع فى حقهما ان وقع بمال عن اقرار وفى حق المدعى وحده ان وقع عن انكار أو سكوت وفى حق الآخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة أو فى معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على مامرّ (و) الصلح جائز أيضا عن دعوى (المنفعة) ويكون بمعنى الاجارة ان وقع عنه بمال أو بمنافع لان المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفى الجنس بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الارض أو لبس الثياب أما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز (و) الصلح جائز أيضا عن (الجناية) على النفس ومادونها عمدا كان أو خطأ وسواء كان عن اقرار أو انكار أو سكوت أما العمد فى النفس فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية قال ابن عباس والضحاك والحسن رضى الله عنهم نزلت الآية فى الصلح عن دم العمد وأما

الخطأ في النفس فلان موجبه المال والصلح عن دعواه جائز الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على أكثر من الدين من جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل وان كان أقل من عشرة دراهم لانه لا موجب له في المال ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيفما كان لعدم الربا الا أنه يشترط القبض في المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا في الذمة كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز (بخلاف) ما اذا صالح عن الدعوى في (الحد) بأن روفع الزاني أو شارب الخمر أو القاذف فصالح هو المدافع حتى يترك لا يجوز الصلح فله أن يرجع بما دفع لان الحدود حق الله تعالى لا حق المرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز كما لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على بعضه فصالحه على شئ كان الصلح باطلا لان الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح أحدا على الانفراد بخلاف الامام اذا صالح عنه على مال حيث يجوز لان له ولاية عامة وله أن يتصرف في مصالحهم ولهذا لو باع شيأ من بيت المال جاز بيعه وبخلاف ما اذا كان في طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في حقه (ومن النكاح) عطف على قوله من دعوى المال أى والصلح جائز أيضا من دعوى النكاح هذا اذا كان الرجل هو المدعى والمرأة تنكر لانه أمكن اعتبار الصحة فيه بأن يجعل في حقه في معنى الخلع وان كانت هى المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ المختصر للقدورى أنه لا يجوز وذكر في بعضها أنه يجوز لانه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة (و) الصلح جائز أيضا في دعوى (الرق وكان) الصلح في حق المدعى (عتقا على المال) وفى حق الآخر لدفع الخصومة لانه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فجاز الا أنه لا ولاء له عليه لانه ينكر العتق ويدعى أنه حر الاصل الا أن يقيم المدعى البينة بعد ذلك فتقبل بينته في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لانه جعل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا (وان قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه) أى صلح المأذون (عن نفسه) لانه لا يجوز له أن يتصرف الا فيما هو من باب التجارة وتصرفه في نفسه ليس من التجارة فلا ينفذ في حق المولى اذا كان بعوض ويصح بينه وبين ولى المقتول حتى لا يجوز له قتله بعد العفو لانه مكلف فيصح تصرفه في حق نفسه ولا يجب عليه البدل للحال ويتأخر الى ما بعد العتق بخلاف المكاتب حيث يجوز أن يصالح عن نفسه لانه كالحر بخروجه عن يد المولى (وان قتل عبد له) أى للعبد المأذون له (رجلا عمدا فصالحه) المأذون له (عنه) أى عن عبده الذى قتل (جاز) الصلح لان تصرفه في عبده من باب التجارة لان استخلاصه كشرائه (ولو صالح) الغاصب (عن المغصوب المتلف) بأن غصب عبدا مثلا فهلك عنده ثم صالح مولاه (بما زاد على قيمته) أى قيمة المغصوب بأن كان العبد يساوى خمسين فصالحه على مائة (أو) صالحه بأكثر من قيمته (على عرض صح) الصلح عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز على أكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله لان الواجب هو القيمة وهى مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا وله أن حقه في الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا وأما الصلح بأكثر من قيمته على

العرض

العرض فهو جائز بالاجماع لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس (ولو أعتق موسر عبدا مشتركا) بينه وبين آخر (فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته) أى قيمة العبد (لا) يصح الصلح بالاتفاق أما عندهما فظاهر والفرق لابى حنيفة أن القيمة فى العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عرض جاز كيفما كان لما بينا أنه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح) الوكيل (لم يلزم الوكيل ما صالح عليه مالم يضمنه) الوكيل (بل يلزم الموكل) كالوكيل فى النكاح غير أنه اذا ضمن هنا وأدى عنه رجع على الموكل وفى النكاح لا يرجع هذا اذا صالح عنه عن انكار أو سكوت أو اقرار فى دم عمد او فيما لا يحمل على المعاوضة فان كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل أصيل فى المعاوضة المالية فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل (وان صالح) رجل (عنه) أى عن رجل آخر (بلا أمر) منه (صح) الصلح (ان ضمن) المصالح (المال) لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء فصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين (أو أضاف) المصالح الصلح (الى ماله) أى الى مال نفسه بأن قال صالحتك على ألفى هذه أو على عبدى هذا جاز أيضا لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه (أو قال) المصالح صالحتك (على ألف) ولم يضمنه ولم يضفه الى نفسه (وسلم) الالف الى المدعى جاز أيضا لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (والا) أى وان لم يسلم الالف الى المدعى بل قال صالحتك على ألف ولم يضمن ولم يضفه الى نفسه (يوقف) العقد (فان أجازه المدعى عليه جاز) ولزمه الالف (والا) أى وان لم يجزه (بطل) الصلح لان الاصل فى العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا أن الفضولى يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته

هذا (باب) فى بيان أحكام (الصلح فى الدين)

وهو الذى يثبت فى الذمة (الصلح عما استحق بعقد المداينة) مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض (أخذ لبعض حقه واسقاط للباقى) صورته رجل له على آخر ألف درهم فصالحه عنها على خمسمائة جاز ويجعل مستوفيا النصف حقه ومبرئا له عن النصف الآخر (لا معاوضة) لانه يكون ربا وتصحيح تصرف المسلم واجب ما أمكن وقد أمكن بما ذكرناه قال الشارح قوله عما استحق هكذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاطا للباقى وانما يكون كذلك ان لو وقع الصلح عن بعض الدين على بعض الدين والصواب أن يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة كما وقع فى القدورى قلت والذى ذكره صواب وليس بسهو لان تقدير الكلام الصلح على شئ كائن عما استحق بعقد المداينة ولا وجه لنسبته الى السهو عند صحة التأويل ولا سيما هو طالب الاختصار جدا ثم أشار الى توضيح هذا الكلام والتفريع عليه بالفاء بقوله (فلو صالح) المديون دائنه (عن ألف) فى ذمته (على نصفه) وهو خمسمائة (أو) صالح

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

عن ألف حالة (على الف مؤجل جاز) الصلح فى الوجهين أما فى الاول فلانه يجعل مستوفيا النصف حقه ومسقطا للنصف كما ذكرنا وأما فى الثانى فكأنه أجل نفس الحق ولا يحمل هذا على المعاوضة تحرزا عن الربا لان بيع النقد بمثلها نسيئة لا يجوز الا فى قول للشافعى رحمه الله تعالى يجوز (ولو) صالح عن ألف درهم (عن دنانير مؤجلة او) صالح (على الف مؤجل) على خمسمائة حالة (او) صالح عن ألف (سود) على خمسمائة بيض وهو معنى قوله (على نصف حال) وهو يرجع الى قوله عن ألف مؤجل أى على خمسمائة حالة كما ذكرنا وقوله (وبيض) يرجع الى قوله أو سود والتقدير وعلى نصف بيض وهو بكسر الباء جمع بيضاء كعيس جمع عيساء (لا) يجوز الصلح فى الوجوه الثلاثة لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير ومن له دين مؤجل لا يستحق الحال ومن له دراهم سود لا يستحق البيض لانها أجود فيكون أخذها بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفاء وشرط صحة المعاوضة فى الجنس المتحد القدر المساواة ولم توجد فلهذا بطل الصلح حتى لو صالحه على ألف حالة عن الالف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه فى المجلس لوجود المساواة فى القدر وهو المعتبر فى الصرف دون المساواة فى الصفة ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف فى الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة التى بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فسادا (ومن له على آخر ألف) درهم (فقال) أى صاحب الالف لمن عليه الالف (أدغدا نصفه) أى نصف الالف وهو خمسمائة (على انك برىء من الفضل) وهو الخمسمائة الباقية (ففعل) من عليه الالف ذلك بأن أدى اليه فى الغد خمسمائة (برئ) عن الفضل بالاتفاق لان الابراء يحتمل التقييد بالشرط وان لم يحتمل التعليق به وكلمة على جعلت شرطا تصحيحا لتصرفه وان كانت تستعمل للمعاوضة (والا) أى وان لم يؤد غدا النصف وهو خمسمائة (لا) يبرأ عندهما وقال أبو يوسف يبرأ وان لم يؤد ولا تعود اليه الخمسمائة الساقطة أبدا لان اشتراط الاداء ضائع لان النقد واجب عليه فى كل زمان يطالبه هو فيه اذ المال حال عليه فبطل التعليق فصار ابراء مطلقا ولهما انه علق الابراء بشرط ولم يوجد وعند بعض الشافعية والحنابلة لم يصح هذا الصلح وهذه المسئلة على خمس وجوه الاول ماذكرنا والثانى أن يصرح بالتقييد بأن يقول صالحتك عن الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وأنت برىء من الزيادة على انك ان لم تدفعها الى غدا فلا تبرأ من الباقى فيكون الامر كما قال والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطينى خمسمائة غدا فحكمه أنه يبرأ مطلقا أدى خمسمائة فى الغد أو لم يؤد والرابع أن يقول أد الى خمسمائة على انك برىء من باقيه ولم يوقت للاداء وقتا فحكمه انه يبرأ مطلقا لانه ابراء مطلق والخامس اذا قال ان أديت الى خمسمائة أو اذا أديت أو متى أديت فحكمه انه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك (ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره) أى مالك (عنى) يعنى تؤجله (أو تحط) يعنى بعضه (ففعل) الدائن ذلك أما ان أخره أو حط عنه بعضه (صح) هذا الفعل (عليه) أى على الدائن يعنى ان أخره يتأخر وان حط عنه بعضه ينحط لان المديون ليس بمنكر فصار نظير الصلح مع الانكار وعند

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

الثلاثة لا يصح

هذا (فصل) في بيان التخارج وغيره (دين) مشترك (بينهما) أي بين اثنين شريكين والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع وقيمة العين المشتركة المستهلكة وبدل القرض من المال المشترك بينهما والموروث بين اثنين (صالح أحدهما) المديون (عن نصيبه) من الدين (على ثوب فلشريكه) الخياران شاء (ان يتبع المديون بنصفه) أي بنصف الدين لبقاء حصته في ذمته (أو يأخذ نصف الثوب من شريكه) لان له حق المشاركة لانه عوض عن دينه (الا أن يضمن) أي المصالح (ربع الدين) لان حقه في الدين لا في الثوب ولا فرق فيه بين الصلح عن اقرار أو عن سكوت أو عن انكار ثم ههنا قيدان الاول أن يكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين والثاني أن يكون المصالح عليه ثوبا والمراد خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المديون وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين (ولو قبض) أحد الشريكين (نصيبه) من الدين (شركه) الآخر (فيه) أي في الذي قبضه (ورجعا) أي الشريكان (بالباقي) من الدين (على الغريم) وهو المديون لان قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه فله أن يشاركه فيه ان شاء لانه عين حقه من وجه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه في الحقيقة وانما كان له أن يشاركه في فصل الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر وههنا انتفى الضرر فيرجع بربع الدين ثم يرجعان على الغريم لاستوائهما في الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما في الحوالة (ولو اشترى) أحد الشريكين من الذي عليه الدين (بنصيبه) من الدين (شيأ ضمنه) شريكه الآخر (ربع الدين) ان شاء لانه صار قابضا حقه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الثوب يتضرر به فيتخير القابض ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده وللشريك ان يتبع الغريم وان اتفقا على الشركة في الثوب جاز (وبطل صلح أحد ربي سلم) أي أحد الشريكين في سلم (من نصيبه على ما دفع) من رأس المال عندهما لانه يستلزم جواز قسمة الدين في الذمة وانه لا يجوز وقال أبو يوسف يجوز لانه دين مشترك فاذا صالح أحدهما على حصته جاز كسائر الديون وقيد بقوله على ما دفع لانه لو كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه (وان أخرجت الورثة أحدهم عن عرض) هي التركة (أو) أخرجوه عن (عقار) هي التركة (بمال) اعطوه له (أو) أخرجوه (عن ذهب) هو التركة (بفضة) دفعوها اليه (أو) الحكم (بالعكس) بأن كانت التركة فضة فأخرجوا أحدهم بذهب دفعوه اليه (صح) هذا الصلح في الوجوه كلها (قل) ما أعطوه له (أو كثر) لانه بيع معنى ولكن في الوجه الثاني والثالث يعتبر التقابض في المجلس تحرزا عن الربا (و) لو أخرجوه (عن نقدين) وهما الذهب والفضة (وغيرهما) أي غير النقدين مثل العقار والعروض أراد أن التركة كانت مشتملة

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

على هذه الاجناس فاخرجوه (بأحد النقدين) يعنى دفعوا اليه اما فضة أو ذهبا (لا) يصح الصلح (مالم يكن المعطى) بفتح الطاء أى الذى اعطوه (أكثر من حظه) أى نصيبه (منه) أى من ذلك النقد الذى دفعوه اليه ليكون نصيبه مثله والزيادة فى مقابلة حقه من بقية التركة تحرزا عن الربا ولابد من التقابض فى المجلس فيما يقابل نصيبه من الذهب لانه صرف فى هذا القدر ولو كان ما أعطوه عرضا جاز مطلقا لعدم الربا (ولو) كان (فى التركة دين على الناس فأخرجوه) أى أخرجت الورثة أحدهم (ليكون الدين لهم بطل) هذا الصلح لان فى ذلك تمليك الدين الذى هو حصة المصالح من غيره وتمليكه من غير من عليه الدين لايجوز وسواء فى ذلك بين حصة الدين أولم يبين عند أبى حنيفة وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين اذا بين حصته وأصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة وباعهما فى صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل فى الكل عنده وعندهما صح فى العبد والذكية (وان شرطوا) أى الورثة (أن يبرأ الغرماء منه) أى من الدين الذى هو نصيب المصالح ولا يرجع عليهم بنصيبه (صح) الصلح لانه اسقاط أو تمليك للدين ممن عليه الدين (ولو) كان (على الميت دين محيط) أى مستغرق بالتركة (بطل الصلح والقسمة) لان الورثة لايملكون التركة فى هذه الحالة وان لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغى لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه مالم يقبضوا دينه وان فعلوا ذلك جاز وذكر الكرخى فى القسمة انها لاتجوز استحسانا وتجوز قياسا

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المضاربة)

هى مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يعنى الذين يسافرون فى التجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا لطلب الربح وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وقراضا من القرض لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص وفى الشرع (هى) أى المضاربة (شركة بمال من جانب) وهو جانب رب المال (وعمل من جانب) وهو جانب المضارب والمراد من الشركة الشركة فى الربح حتى لو شرطا فيها الربح لاحدهما لاتكون مضاربة على ما يأتى وقيل هو عقد على الشركة فى الربح بمال من أحدهما وعمل من الآخر وهو معنى ما ذكره الشيخ (والمضارب أمين) فى المال لانه قبضه باذن مالكه لاعلى وجه البدل والوثيقة (وبالتصرف) أى وبتصرف المضارب فى المال (وكيل) لانه متصرف فى ملكه بأمره وهذا معنى الوكالة (وبالربح) فى المال (شريك) لرب المال لانه هو المقصود من عقد المضاربة (وبالفساد) أى بفساد المضاربة (أجير) لان الواجب فى المضاربة الفاسدة أجر المثل فيكون هو أجيرا كما فى الاجارة الفاسدة (وبالخلاف) أى وبمخالفة المضارب لما شرطه رب المال (غاصب) لانه اذا خالف فقد تعدى فصار غاصبا فيضمن (وباشتراط) المضارب لأن يكون (كل الربح) له (مستقرض) لانه لايستحق الربح كله الا اذا صار المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمر للشجر فاذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملك جميع رأس المال فلا يكون هذا الا بطريق القرض (وباشتراطه) أى وباشتراط الربح أن يكون كله (لرب المال)

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

المضارب (مستبضع) أى طالب بضاعة وهى أن يعمل له متبرعا لانه لم يطلب لعمله بدلا فكان متبرعا فهذا معنى البضاعة فكأنه نص عليها (وانما تصح) المضاربة (بما) أى بالذى (تصح به الشركة) وهى الدراهم والدنانير لاغير عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما وقد مر فى الشركة وقال ابن أبى ليلى تصح المضاربة فى المكيل والموزون لانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة فصار كالنقدين ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح مالم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدى اليه لانها أمانة فى يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد العقد فاذا باعها شاركه فى الربح فحصل ربح مالم يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير ان يدخل شئ فى ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشراء بها يجب الثمن فى ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن (ويكون الربح بينهما) أى بين رب المال والمضارب (مشاعا) معناه لا تصح المضاربة حتى يكون الربح مشاعا بينهما لان الشركة لا تتحقق الا به حتى لو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة (فان شرط لاحدهما زيادة عشرة) دراهم قبل أن يكون الربح بينهما فسدت المضاربة لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فاذا فسدت (فله) أى فللمضارب (أجر مثله) لان استحقاقه الربح بالشرط فاذا لم تصح بقيت منافعه مستوفاة بحكم العقد فيجب أجر المثل وعندهما اذا لم يربح المضارب فى المضاربة الفاسدة شيأ فلا أجر له اعتبارا بالصحيحة مع انها فوقها وانما يكون أجر المثل اذا ربح وعند محمد له أجره (ولا يجاوز) أجر المثل (عن المشروط) أى عن الذى شرطه له هذا عند أبى يوسف وعند محمد له أجر المثل بالغا ما بلغ وبه قالت الثلاثة وقد مر مثل هذا غير مرة (وكل شرط يوجب جهالة الربح) كشرط رب المال على المضارب أن يدفع اليه أرضه ليزرعها سنة أو داره ليسكنها سنة (يفسدها) اى المضاربة لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض أجرة داره أو أرضه ولا يعلم حصة العمل حتى يجب حصته ويسقط ما أصاب منفعة الدار (والا) أى وان لم يوجب الشرط جهالة الربح كشرط ذلك على رب المال للمضارب (لا) يفسد العقد وبطل الشرط لانه لا يفضى الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه (كشرط الوضيعة) وهى الخسران (على المضارب) فانه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا وتكون الوضيعة على رب المال لان ما فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره والمضارب أمين فيه فلا يلزمه بالشرط (ويدفع) رب المال (المال الى المضارب) لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما يأخذه مقابل بعمله والمال محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية بخلاف الشركة (ويبيع) المضارب (بنقد) أى حال (ونسيئة) أى الى أجل وعند الثلاثة لا يبيع بنسيئة الا باذنه (ويشترى) المضارب أيضا (ويوكل ويسافر) وعن أبى يوسف لا يسافر وبه قال الشافعى وعن أبى حنيفة ان دفع اليه المال فى بلده ليس له ان يسافر به وان دفع اليه فى غيره له أن يسافر به الى بلده (ويبضع) من الابضاع وهو ان يدفع الى غيره مالا يعمل فيه ويكون الربح للعامل لان هذا من صنيع التجار (ويودع) المضارب عند أحد من مال المضاربة لما قلنا (ولا يزوج) المضارب (عبدا) لانه ليس من التجارة (ولا)

يزوج (أمة) أيضا لما ذكرنا وعن أبي يوسف انه يزوجها لانه من باب الاكساب (ولا يضارب) المضارب يعني لا يعطي المال مضاربة (الا باذن) من رب المال (أو باعمل) أي و بقوله اعمل (برأيك) لان الشئ لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه (ولم يتعد) المضارب (عما عينه) رب المال (من بلد) بعينه بأن قال لا تعمل الا في مصر مثلا (و) من (سلعة) بعينها بان قال له لا تبع ولا تشترا الا في الحرير مثلا (ووقت) بأن وقت للمضارب وقتا بعينه (و) من (معامل) بعينه بأن قال لا تعامل الا مع زيد بن فلان مثلا فان خالف صار ضامنا ولو لم يشتر شيأ حتى رد المال الى البلد الذي عينه له برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة حتى اذا اشترى في ذلك البلد كان للمضاربة وهذا بخلاف ما اذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد قلما يتفاوت جوانبه وأسواقه لانه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف اليه بخلاف ما اذا قال له بع نسيئة ولا تبع حالا حيث كان له ان يبيعه حالا عند عدم اختلاف السعر بينهما لانه مخالفة الى خير بيقين كمن وكل شخصا ببيع عبده بألف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بألفين فانه يجوز لما قلنا (كما) لا يجوز أن يتعدى الشريك (في الشركة) عما عينه الشريك الآخر من البيع والشراء في بلدة بعينها أو في سلعة بعينها أو مع معامل بعينه (ولم يشتر) المضارب (من يعتق على المالك) أي على رب المال بقرابة كأبيه وابنه أو بسبب يمين لكونه مخالفا للمقصود بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له أن يشتري من يعتق على الموكل لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه وهنا مقيد بمال يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة أيضا ما يدل على التقييد بأن قال اشتر لي عبدا أبيعه أو استخدمه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه ويضمنه لانه نقد الثمن من مال المضاربة وعند مالك لو كان عالما به صار ضامنا والا لا (أو) من يعتق (عليه) أي على المضارب يعني لا يشتري المضارب أيضا من يعتق عليه (ان ظهر ربح) في المال لانه يعتق نصيبه ويفسد به نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف الذي مضى بيانه في العتق والمراد من ظهور الربح أن يكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان في جملة رأس المال ربح أو لا لانه اذا كان قيمة العبد ألفين مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا برأس المال حتى اذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب بها من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شئ لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيأ حتى يزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه الى آخر (وضمن) المضارب (ان فعل) أي ان اشترى قريبه وقيمته أكثر من رأس المال لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن مال المضاربة (فان لم يظهر ربح) أي ان لم يكن في قيمة العبد المشترى زيادة على رأس المال (صح) شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على رأس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيجوز (فان ظهر) الربح في المشترى بعد الشراء بأن كانت قيمته

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

وقت الشراء قدر رأس المال أو أقل ثم ازدادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال (عتق حظه) أي حظ المضارب أي نصيبه لانه ملك بعض قريبه فوجب أن يعتق بقدره (ولم يضمن لرب المال) لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختياره فصار كما اذا ورثه مع غيره (وسعى) العبد (المعتق فى قيمة نصيب رب المال) منه لانه احتبست ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه (معه) أي مع المضارب (ألف بالنصف فاشترى به) أي بالالف (أمة قيمتها ألف) فوطئها (فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه) المضارب حال كونه (موسرا) يعنى فى حال يساره (فبلغت قيمته) أي قيمة الولد (ألفا وخمسمائة فان شاء رب المال استسعى العبد وهو معنى قوله (سعى لرب المال فى ألف وربعه) أي ربع الالف وهو مائتان وخمسون (أو اعتقه) أي أو أعتق رب المال الولد ان شاء (فان قبض) رب المال (الالف ضمن المدعى) أي المضارب (نصف قيمتها) أي نصف قيمة الجارية وانما كان كذلك لان دعوى المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على أنه ولده من النكاح بأن يحمل أن البائع زوجها منه ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة اذا صارت أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر لان بعضها ليس بأولى من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح فيه فى ذلك الوقت فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه وأما الدعوة فاخبار فاذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملك بعد ذلك نفذت دعوته فيه وصار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لان العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير ولا صنع للمضارب فى الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدى اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدى فكان رب المال بالخيار ان شاء أعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه فاذا اختار الاستسعاء استسعاه فى ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق له برأس المال ومائتين وخمسين نصيبه من الربح فاذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الام كلها ربح لفراغها عن رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بالاعسار واليسار ولا يتوقف على التعدى لذلك بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان الافساد فلا يجب عليه بغير تعد ولا على معسر واشتراط اليسار هنا ليعلم انه لا يجب على أحد وانما شرط قبض رب المال الالف من الغلام حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب لانها مشغولة برأس المال فاذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال فصارت كلها ربحا فيظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولد له لما ذكرنا ولو لم تزد قيمة

الولد على الف وزادت قيمة الام حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهما لانها لما ازدادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف ويجب عليه أيضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون درهما فاذا وصل الى يده ألف استوفى رأس ماله وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه ومالم يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح ولو ازدادت قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية أم ولد له لان الربح ظهر فى كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب ومابقى من نصيبه من الربح ويضمن أيضا نصف عقرها لانه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام فى نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (المضارب)

(يضارب) مع آخر (فان ضارب المضارب بلا اذن) من رب المال (لم يضمن) المضارب (مالم يعمل) المضارب (الثانى) فى المال فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يضمن حتى يربح وقال زفر يضمن بالدفع تصرف أولم يتصرف وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول الثلاثة أيضا لانه دفع ماله الى غيره بلا أمره فيضمن ولنا أنه كالايداع قبل العمل وهو يملك الايداع بنفسه وجه ظاهر الرواية أن مجرد الدفع ايداع فى الحقيقة وانما يتقرر كونه مضمونا بالعمل فيه فكان الحال موقوفا قبل العمل والمذكور فى القدورى ان الاول ضامن ولم يتعرض للثانى فقيل ينبغى أن لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة ويضمن عندهما بناء على اختلافهم فى مودع المودع وقيل يتخير رب المال فى تضمين أيهما شاء قال فى الهداية وهو المشهور فاذا ضمن الثانى يرجع الثانى على الاول لانه مغرور من جهته وصحت المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما على ماشرطاه فى المضاربة ويطيب للثانى ماربح لانه يستحقه بالعمل ولا خبث فى عمله ولا يطيب للاول لانه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين وأما اذا كانت احداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هى الفاسدة صار أجيرا وللاول أن يستأجر من يعمل فى المال وان كانت هى الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال (فان دفع) المضارب الاول حال كونه (باذن) من رب المال فى الدفع الى آخر مضاربة فدفعه الى آخر (بالثلث و) الحال انه قد (قيل له) أى للمضارب الاول يعنى رب المال قد كان قال له (مارزق الله بيننا نصفان) ثم ان المضارب الثانى ربح فى المال (فللمالك) أى رب المال (النصف) من الربح (وللاول) أى وللمضارب الاول (السدس) منه (وللثانى) أى وللمضارب الثانى (الثلث) منه لان الدفع الى الثانى صحيح لانه بأمر المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى وقد جعل الاول للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيأ فيبقى له السدس ويطيب ذلك لكلهم

لان

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

لانّ رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل (ولو قيل له) أى للمضارب الاول يعنى لو قال له رب المال (ما رزقك الله بيننا نصفان) بكاف الخطاب والمسئلة بحالها (فللثانى) أى فللمضارب الثانى (ثلثه) أى ثلث الربح (والباقى) من الربح (بين المالك و) المضارب (الاول نصفان) لان رب المال هنا شرط أن يكون مارزق الله المضارب الاول بينهما نصفين والمرزوق للاول هو الثلثان لانّ الثلث استحقه الثانى بشرط الاول وهو مأذون له فلم يكن من رزق الاول الا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضا (ولو قيل له) أى للمضارب الاول يعنى لو قال له رب المال (ما ربحت بيننا نصفان ودفع) الاول للثانى (بالنصف فللثانى النصف) أى نصف الربح لانّ الاول شرط له ذلك وشرطه صحيح لانه باذن المالك (واستويا) أى رب المال والمضارب الاول (فيما بقى) وهو النصف لانّ رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ما ربحه الاول ولم يربح الاول الا النصف والنصف الآخر صار للثانى بشرطه فلم يكن من ربح الاول (ولو قيل له) أى للمضارب الاول يعنى لو قال له رب المال (ما رزق الله فلى نصفه أو) قال رب المال (ما كان من فضل بيننا نصفان فدفع) المضارب الاول الى آخر (بالنصف فللمالك) أى رب المال (النصف) من الربح (وللثانى) أى وللمضارب الثانى (النصف) منه (ولا شئ للاول) أى للمضارب الاول لانّ قول رب المال مارزق الله أو ما كان من فضل ينصرف الى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاول للثانى نصف جميع الربح فيكون له النصف فلم يبق للاول شئ من الربح فيخرج بغير شئ (ولو شرط) المضارب الاول (للثانى ثلثيه) أى ثلثى الربح والمسئلة بحالها (ضمن) المضارب (الاول للثانى) أى للمضارب الثانى (سدسا) أى سدس الربح من ماله لانّ رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الاول لانّ شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ فى حق رب المال اذ لا يقدر أن يغير ما شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد لانه غره فى ضمن عقد المضاربة وهو أيضا سبب الرجوع (وان شرط) المضارب (للمالك) أى رب المال (ثلثه) أى ثلث الربح (و) شرط (لعبده) اى لعبد رب المال (ثلثه) أى ثلث الربح (على أن يعمل) العبد (معه) أى مع المضارب (و) شرط (لنفسه ثلثه صح) لانّ اشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فكأنه اشترط للمولى ثلثى الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من أهل أن يضارب فى مال مولاه بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال لانّ بقاء يده يمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أو لا وان كان عليه دين فهو لغرمائه ان شرط عمله والا فهو للمولى وكذلك اذا شرط الثلث لعبد المضارب يصح سواء اشترط عليه العمل أو لا ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين ان شرط عليه عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط لرب المال عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يملك المولى كسب عبده المديون فاشتراطه له يكون اشتراطا للمولى فيصح (وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما) أى رب المال أو المضارب لانّ المضاربة وكالة وهى تبطل به ولا تورث (و) تبطل أيضا (بلحوق المالك) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) لانه بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله وتعتق امهات أولاده ومدبروه وقبل لحوقه يوقف تصرف مضاربه

عند أبي حنيفة على النفاذ بالاسلام والبطلان بالموت أو القتل ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم (وينعزل) المضارب (بعزله) اى بعزل رب المال اياه (ان علم) المضارب عزله لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله (وان علم) المضارب بعزله (و) الحال أن (المال عروض باعها) أى العروض ولا ينعزل من ذلك لان له حقا فى الربح ولا يظهر الا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ثم لا يتصرف) المضارب (فى ثمنها) أى فى ثمن العروض التى باعها لان البيع بعد العزل كان للضرورة فلم يبق بعد النقد ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال ليس له أن يبيعه بجنس رأس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفى الاستحسان له أن يبيعه بجنس رأس المال لان الواجب عليه رد مثل راس المال وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله (ولو افترقا) أى رب المال والمضارب (و) الحال أنه (فى المال ديون وربح أجبر) المضارب (على اقتضاء الديون) لانه كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله (والا) اى وان لم يكن فى المال ربح (لا يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع (ويوكل) المضارب (المالك) أى رب المال (عليه) أى على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيل فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضى لا يجبر عليه ولكن يجبر على أن يحيل صاحب المال كيلا يضيع حقه (والسمسار) بكسر السين وهو المتوسط بين البائع والمشترى فارسية معربة ويجمع على سماسرة يبيع ويشترى للناس بأجر من غير أن يستأجروهو (يجبر على التقاضى) لانه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضى والاستيفاء ولو استأجره باجرة معلومة على أن يشترى أو يبيع شيأ معلوما لا تجوز الاجارة لانه استؤجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه والحيلة فى جوازه أن يستأجره يوما للخدمة فيستعمله فى البيع والشراء الى آخر المدة (وما) أى كل شئ (هلك من مال المضاربة فمن الربح) أى فيجعل منه لانه تابع ورأس المال أصل فيصرف الهالك الى التابع كما فى العفو فى الزكاة (فان زاد الهالك على الربح) مثلا كان رأس المال ألفا والربح مائة والهالك مائة وخمسين (لم يضمن المضارب) لانه أمين فلا يكون ضمينا (فان قسم الربح) بين المالك والمضارب (وبقيت المضاربة) بأن لم يفسخاها (ثم هلك المال) كله (أو) هلك (بعضه ترادا) أى المالك والمضارب (الربح ليأخذ المالك رأس ماله) لان الربح تابع كما ذكرنا فلا يسلم بدون سلامة الاصل (وما فضل) من رأس المال بعد التراد (فهو بينهما) أى بين المالك والمضارب لانه ربح لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء ماله الا فى الربح (وان نقص) رأس المال بأن لم يكن الربح قدره (لم يضمن المضارب) لانه أمين فيه (وان قسم الربح بينهما (وفسخت) المضاربة ثم عقداها أى المضاربة ثانيا (فهلك المال لم يترادا الربح) الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا آخر

هذا

*هذا (فصل) فيما يفعله المضارب (ولا تفسد المضاربة بدفع) المضارب (المال الى المالك) أى الى رب المال (بضاعة) وقال زفر تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيأ لانه ردّ ماله اليه ولنا أنه يصلح أن يكون وكيلا للمضارب كالاجنبى فجاز تصرفه حقا له فلا يكون أخذه لا على وجه الفسخ مبطلا لها كالرهن اذا استعاره الراهن لا يكون فسخا له (فان سافر) المضارب للتجارة فى مال المضاربة (فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) فى الطريق (فى مال المضاربة) لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضى والزوجة فاذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته الراتبة فيه (وان عمل) المضارب (فى المصر فنفقته فى ماله) أى فى مال نفسه لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وذلك (كالدواء) فانه فى ماله مطلقا وعن أبى حنيفة ان الدواء من مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه وكذلك النورة والدهن فى قولهما وقال محمد الدهن فى المال وروى الحسن انه اذا احتجم أو اطلى أو اختضب أو أكل فاكهة مثل ما يصنع التجار فذلك من مال المضاربة والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره والفاصل انه اذا كان فى مكان بحيث يمكنه أن يغدو ويروح الى منزله فهو كمصره وان لم يمكنه أن يبيت فى منزله فقوته فى مال المضاربة ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه وعلف دابته التى يركبها وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة ولو رجع الى بلده وفى يده شئ من النفقة ردّه الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقى شئ فى يده يردّه الى المحجوج عنه أو الورثة (فان ربح) المضارب (أخذ المالك) قدر (ما أنفق) المضارب (من رأس المال) حتى يتم به رأس المال فاذا استوفى رأس المال وفضل شئ اقتسماه لان رأس المال أصل والربح تبع فلا يسلم لهما التبع حتى يسلم لرب المال الاصل (فان باع) المضارب (المتاع) بيعا (مرابحة حسب ما انفق عليه) أى على المتاع من أجرة الحمل والطراز وأجرة السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك مما مرّ ذكره فى باب المرابحة ويقول قام علىّ بكذا (لا) يحسب ما أنفق (على نفسه) فى سفره لعدم العرف بذلك (ولو قصره) أى ولو قصر المضارب الثوب الذى اشتراه بمال المضاربة بمال من عنده (أو حمله) اى أو حمل المتاع الذى اشتراه بمال المضاربة (بماله) أى بمال نفسه وهو يرجع الى الموضعين (و) الحال انه قد (قيل له) أى للمضارب أى قد قال له رب المال (اعمل برأيك) واشترى بمال المضاربة كله متاعا ثم نقله أو قصر الثياب التى اشتراها فيه (فهو) أى المضارب (متطوع) لانّ رأس المال لم يبق منه شئ فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز وكذا لو زاد على الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون متطوعا فى الزيادة (وان صبغه) أى وان صبغ المضارب الثوب الذى اشتراه بمال المضاربة صبغا (أحمر) بمال من عنده (فهو شريك بما زاد الصبغ فيه) أى فى الثوب لان الصبغ عين مال قائم وقد اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة (ولا يضمن) المضارب بهذا الخلط لانه مأذون فيه لانّ قوله اعمل برأيك يتضمنه فلا يكون به متعدّيا بل يكون شريكا كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان فألقته فى صبغ غيره أو اختلط مال المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برأيك لانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب (معه) أى مع المضارب (ألف) درهم (بالنصف فاشترى) المضارب (به) اى بالالف الذى معه (بزا وباعه) أى

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

البز (بألفين واشترى بهما) أى بالالفين (عبدا فضاعا) أى الالفان قبل النقد لبائع العبد (غرما) أى غرم المضارب والمالك (ألفا) لصاحب العبد (وغرم) له أيضا (المالك) أى رب المال وحده (ألفا) آخر لان المال لما صار ألفين ظهر الربح فى المال وهو ألف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بألفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب المال وهو ألف وخمسمائة (و) بعد ذلك يكون (ربع العبد للمضارب) لما ذكرنا (وباقيه) أى وباقى العبد وهو ثلاثة الارباع يكون (على المضاربة) لان نصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها (ورأس المال) وهو جميع مادفع رب المال الى المضارب وهو (ألفان وخمسمائة) لانه دفع اليه أولا ألفا ثم ألفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة الا على ألفين لانه اشتراه بألفين وهو معنى قوله (ويرابح) المضارب فى بيع العبد (على ألفين) ولو باع العبد بعد ذلك بأربعة آلاف كان للمضارب ربعه وهو ألف والباقى للمضاربة وهو ثلاثة آلاف فألفان وخمسمائة منها رأس المال وخمسمائة ربح بينهما نصفان (وان اشترى) المضارب (من المالك بألف) درهم (عبدا اشتراه) المالك (بنصفه) أى بنصف الالف (رابح) المضارب يعنى له أن يبيعه مرابحة (بنصفه) أى بنصف الالف وهو خمسمائة ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على ألف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم (معه) أى مع المضارب (ألف) درهم (بالنصف فاشترى به) أى بالالف (عبدا قيمته ألفان فقتل) العبد (رجلا) قتلا (خطأ فثلاثة أرباع الفداء) أى الذى يدفع الى ولى المقتول (على المالك وربعه) أى ربع الفداء الباقى (على المضارب) لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها أكثر من رأس المال يظهر فيها الربح وهو ألف ههنا بينهما نصفان وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه أرباعا فثلاثة أرباعه على رب المال والربع على المضارب (والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام و) يخدم (المضارب يوما) بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفداء كأنهما اشترياه (معه) أى مع المضارب (ألف) درهم (فاشترى به) اى بالالف (عبدا وهلك الثمن) وهو الالف (قبل النقد) أى قبل دفعه الى البائع (دفع المالك) الى البائع (ألفا آخر) ولا تلزم المضارب لان المال أمانة فى يده (ثم) اذا جهز المالك ألفا آخر ليدفعه الى البائع وهلكت قبل النقد يدفع اليه ألفا آخر (وثم) كذلك أبدا الى ما لا يتناهى (ورأس المال) فى المضاربة يكون (جميع مادفع) المالك من الالفين والثلاثة آلاف وأكثر بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الامرة واحدة والفرق أن يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء بخلاف الوكيل فان قبضه بعد الشراء استيفاء فيصير مضمونا عليه (معه) أى مع المضارب (ألفان فقال) لرب المال (دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت) اليك (ألفين فالقول للمضارب) وقال زفر القول لرب المال وهو

قول

قول أبي حنيفة أولا لان المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول
قول المنكر ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما لان حاصل اختلافهما في المقبوض
فالقول قول القابض في مقدار المقبوض أمينا كان أو ضمينا (معه) أي مع المضارب (ألف
درهم (فقال هو) أي الالف (مضاربة بالنصف و) الحال انه (قد ربح ألفا وقال المالك) هو
(بضاعة) أبضعته لك (فالقول للمالك) لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله أو الشركة في ماله
أو شرطا من جهته ورب المال ينكر فالقول قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال
هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه
التملك وهو ينكر ولو كان بالعكس كان القول للمضارب وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاما كانت
بينة رب المال أولى لانها أكثر اثباتا

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الوديعة)

هي فعيلة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه الصلاة والسلام لينتهين أقوام عن ودعهم
الجماعات أي عن تركهم اياها وكذلك الايداع من الودع وفي الشرع (الايداع تسليط الغير على
حفظ ماله والوديعة) اسم لما يترك مطلقا في اللغة وفي الشرع هي (ما يترك عند الامين) حتى اذا
هلكت في يده لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المودع غير المغل ضمان رواه
الدارقطني والمغل الخائن (وهي) أي الوديعة (أمانة) في يد المودع (فلا يضمن) المودع (بالهلاك)
لما روينا وهذا بالاجماع الا عند مالك لو سرقت ولم يسرق معها ماله (وللمودع أن يحفظها) أي
الوديعة (بنفسه وبعياله) لانه التزم أن يحفظها بما يحفظ به ماله وذلك بالحرز واليد أما الحرز فداره
ومنزله وحانوته سواء كانت ملكا أو اجارة أو عارية وأما اليد فيد نفسه وزوجته وزوجها وأمته
وعبده وأجيره الخاص بالمشاهرة بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه دون الاجير بالمياومة
وولده الكبير ان كان في عياله وعند الشافعي وأشهب المالكي يضمن بالدفع الى من في عياله
وتعتبر المساكنة وحدها دون النفقة حتى ان المرأة لو دفعتها الى زوجها لا تضمن وان لم يكن
الزوج في عيالها لان العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة وقيل تعتبر المساكنة مع النفقة
(فان حفظها) أي الوديعة (بغيرهم) أي بغير من في عياله (ضمن) لان صاحبها لم يرض بيد غيره
والايدي تختلف في الامانة ولكن روي عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس
في عياله أو دفع الى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن ذكره في النهاية ثم قال
وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة في
حفظ الوديعة بالعيال (الا أن يخاف) المودع (الحرق) بأن وقعت نار في داره فخاف هلاك
الوديعة فسلمها الى جاره (أو) خاف (الغرق) كذلك (فسلمها) أي الوديعة (الى جاره أو)
كان في فلك فخاف الغرق فيلقيها في (فلك آخر) لان هذا حفظ فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك
الا ببينة (فان طلب ربها) أي صاحبها أي صاحب الوديعة (فحبسها) المودع عنه حال
كونه (قادرا على تسليمها أو خلطها) أي الوديعة (بماله حتى لا تتميز ضمنها) لانه متعد ويملك المخلوط
ولا سبيل للمودع فيه عند أبي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء لانه استهلاك من

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

وجه ثم قالوا الايباح للخالط التناول قبل أداء الضمان ولو أبرأ المودع الخالط لا سبيل للمودع
فى المخلوط عند أبى حنيفة رحمه الله لان حقه فى الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط
الخيار وتتعين الشركة فى المخلوط قيد بقوله لا تتميز كالشيرج اذا اختلط بالزيت لانه اذا كان
يتميز لا ينقطع حق المالك كاختلاط الذهب بالفضة ولو اختلط القمح بالشعير قيل من قبيل
الاول وهو الصحيح وقيل لا ينقطع حق المالك لامكان التمييز فى الجملة ولو خلط المائع بجنسه
ينقطع حق المالك عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر وعند محمد شركه
بكل حال ولو خلط الفضة بالفضة بعد الاذابة صار من المائعات فيكون على الخلاف المذكور
(وان اختلط) المودوع بمال المودع (بغير فعله اشتركا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدى ولم
يوجد فيشتركان ضرورة شركة املاك (ولو أنفق) المودع (بعضها) أى بعض الوديعة (فرد مثله)
أى مثل ما أنفق (فخلطه بالباقى ضمن الكل) لانه ضمن البعض بالانفاق وصار ضامنا للبعض
الآخر لكونه خلط ماله بها وعند الثلاثة يضمن ما أنفق فقط وعن مالك لا يضمن ما أنفق أيضا
(وان تعدى فيها) أى فى الوديعة بأن كانت دابة فركبها (ثم زال التعدى زال الضمان) خلافا
للشافعى لانه صار غاصبا بالخلاف فصار كما لو جحده وبه قال مالك وأحمد ولنا ان الضمان وجب دفعا
للضرر الواقع وقد ارتفع بالعود الى الوفاق فلا يضمن (بخلاف المستعير والمستأجر) للعين
اذا تعدى فى العين المستعارة والمستأجرة ثم أزال التعدى لا يبرأ عن الضمان لان البراءة منه
انما تكون باعادة يد المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما
لانه عامل له فى الحفظ (و) بخلاف (اقراره) أى اقرار المودع بالوديعة (بعد جحوده) أى انكاره
لها لان الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد ولا يعود الا بعقد جديد وقال أبو يوسف اذا جحدها
عند غير صاحبها أو عنده حين سأله عن حالها من غير أن يطلب منه الرد أو طلب منه الرد عند من
يخاف عليها منه فجحدها لا يضمن لانه من باب الحفظ فى هذه المواضع ولو سأله أجنبى أعندك
وديعة فلان فقال لا لا يضمن عندنا خلافا لزفر (وله) أى للمودع (ان يسافر بها) أى بالوديعة
(عند عدم النهى) من صاحب الوديعة (و) عند عدم (الخوف) عليها بالاخراج وهذا على
اطلاقه قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف له الخروج بها الى مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بماله
حمل ومؤنة لانه يلزمه مؤنة الرد لان القصيرة لا يخاف فيها عادة وقال محمد لا يخرج بماله حمل ومؤنة
وقال الشافعى ليس له ان يخرج بها مطلقا وبه قال مالك لانه عرض المال على الهلاك لان المفازة
مهلكة ولابى حنيفة انه أمر بالحفظ مطلقا وقد أتى به وما ذكر من المؤنة من ضرورات حفظ ماله
فلا يأباه ولو كان الطريق مخيفا ليس له ان يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له بد وسافر مع
أهله لا يضمن ولو نهاه ان يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد
لا يضمن واجمعوا على انه لو سافر بها فى البحر يضمن قاله الاسبيجابى وقال قاضى خان فى شرح
الجامع الصغير واجمعوا على ان الاب أو الوصى اذا سافر بمال اليتيم لا يضمن والوكيل بالبيع
اذا سافر بما وكل ببيعه قالوا ان قيده بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فسافر به يضمن وان
اطلق اطلاقا فسافر به لا يضمن اذا سرق أو ضاع فيما لا حمل له ويضمن فيما له حمل ومؤنة (ولو
أودعا) أى ولو أودع رجلان (شيأ) عند رجل مما يكال أو يوزن فحضر أحدهما يطلب نصيبه

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

لم يدفع اليه وهو معنى قوله (لم يدفع المودع) بفتح الدال (الى احدهما) أى الى أحد الاثنين (حظه) أى نصيبه (حتى يحضر الآخر) عند أبى حنيفة رحمه الله وهو مروى عن على رضى الله عنه وقالا له ذلك لانه طلب نصيبه كالوحضرا وبه قالت الثلاثة وان كانت الوديعة من غير ذوات الامثال ليس له ذلك بالاجماع (وان أودع رجل عند رجلين مما يقسم) كالدراهم والدنانير (اقتسماه) المودعان (وحفظ كل) واحد منهما (نصفه ولو دفع) أحدهما ما فى يده (الى الآخر ضمن) عند أبى حنيفة ولا يضمن القابض لانه مودع المودع وقالا لا يضمنان لانه لما أودع عندهما مع علمه أنه لا يمكنهما الاجتماع على حفظها فى مكان واحد فقد رضى بالمهايأة والقسمة وله أنه ترك الحفظ بالوضع فى يد صاحبه وما ذكر من الرضا قلنا المصرح به حفظهما وأما المهايأة والقسمة فضرورة وهى تندفع بالقسمة فيما يقسم والمهايأة فيما لا يقسم فلا يجوز الوضع (بخلاف ما لا يقسم) فانه لا يضمن بالدفع الى الآخر لان المالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل (ولو قال) المودع (له) أى للمودع (لا تدفع) الوديعة (الى عيالك أو) قال له (احفظ) الوديعة (فى هذا البيت) وأشار الى بيت (فدفعها) المودع (الى من لا بد) أى لا فراق (له منه أو حفظ) الوديعة (فى بيت آخر من الدار) التى تشتمل على البيت الذى عينه وعلى غيره (لم يضمن) لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط فلم يكن مفيدا فيلغو هذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ فى يد من منعه المودع من الدفع اليه مثل أن يكون فرسا فيمنعه من التسليم الى غلامه أو يكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار متساوية أما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ فى يد من نهاه من الدفع اليه كما اذا كانت فرسا فنهاه عن الدفع الى امرأته أو كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى غلامه أو كانت بيوت الدار مختلفة بأن كان فى بعضها عور يضمن بالمخالفة لان التقييد فى مثله مفيد (وان كان له) أى للمودع (منه) أى من دفعها اليه من نهاه عن دفعها اليه (بد) أى فراق بأن نهاه أن يدفعها الى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها الى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه (أو) قال له احفظ فى هذا البيت أو فى هذه الدار و(حفظها فى دار أخرى ضمن) لان الناس يختلفون فى الامانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة (ومودع الغاصب ضامن) لانه قبض بغير اذن المالك وان لم يعلم أن المودع غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع واليه أشار شمس الائمة (لا) يضمن (مودع المودع) بفتح الدال فيهما عند أبى حنيفة وقالا يضمن فيكون لصاحبها الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى فان ضمن الاول لا يرجع به على أحد وان ضمن الثانى رجع به على الاول لكونه عاملا له لان الاول خائن بالتسليم الى الثانى بغير اذن المالك والثانى متعد بقبضه بغير اذنه وله أن الاول ليس بمتعد بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو أمين فيه فلا يضمن ما لم يوجد منه تعد وقال ابن أبى ليلى لا يضمن المودع بالايداع ولا مودع المودع بالقبض بناء على أن له أن يودع عنده (معه) أى مع رجل (ألف) درهم (ادعى رجلان كل) واحد منهما ادعى

(انه) أى ان الالف (له اودعه) أى الالف (اياه) أى الرجل (فنكل) الرجل عن الحلف (لهما) أى للرجلين بعدان استحلفاه (فالالف) الذى مع الرجل تكون (لهما) أى للرجلين (وعليه) أى على الرجل الذى معه ألف (ألف آخر) تكون (بينهما) أى بين الرجلين لان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة فى حقه دون الآخر وان نكل لهما قضى به بينهما العدم الاولوية ثم يجب عليه ألف آخر لاقراره به

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (العارية) *

وهى مشتقة من التعاور وهو التداول يقال تعاورنا الكلام بيننا أى تداولناه وفى الشرع (هى) أى العارية (تمليك المنفعة بلا عوض) وهو اختيار أبى بكر الرازى وقال الكرخى والشافعى هى اباحة المنافع حتى لا يملك المستعير اجارتها استعاره ولو ملك المنافع لملك اجارتها والاول اصح لان المستعير له أن يعير ولو كانت اباحة لما ملك ذلك وانما لم تجز الاجارة لانها أقوى وألزم من الاعارة والشئ لا يستتبع مثله فبالاحرى أن لا يستتبع الاقوى (وتصح) العارية (باعرتك) أى بقول المعير أعرتك لانه صريح فيه (و) بقوله (أطعمتك أرضى) لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا يؤ كل عينه يراد به ما يستعمل منه مجازا لانه محله (و) بقوله (منحتك ثوبى) اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع وأصله ان يعطى الرجل ناقة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل فى كل من أعطى شيأ منح (و) بقوله (حملتك على دابتى) اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ يستعمل فيهما فاذا نوى أحدهما صحت نيته وان لم تكن له نية حمل على الادنى (و) بقوله (أخدمتك عبدى) لانه يراد به العارية لانه اذن له فى الاستخدام (و) بقوله (دارى لك سكنى) لان قوله دارى لك يحتمل أن تكون رقبتها له وأن تكون منفعتها وقوله سكنى تفسير للثانى فتصير عارية (و) بقوله (دارى لك عمرى سكنى) كذلك ومعناه دارى لك سكنى عمرى (ويرجع المعير) عن العارية (متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة (ولو هلكت) العارية (بلا تعد) من المستعير (لا يضمن) وقال الشافعى يضمن اذا هلكت فى غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه فكان سببا للضمان وبه قال أحمد وعن أحمد لو شرط الضمان يضمن والا لا وقال مالك ما يخفى هلاكه كالثياب والاثمان يضمن والا لا ولنا ان الضمان انما يجب باخراج العين من أن يكون منتفعا بها فى حق المالك باثبات اليد المانعة ولا يوجد هذا الا عند التعدى فان قلت روى الترمذى أنه عليه الصلاة والسلام قال العارية أمانة مؤداة مضمونة وروى البخارى وأبو داود أنه عليه الصلاة والسلام استعار أدرعا من صفوان بن أمية يوم خيبر فقال صفوان أغصبا يا محمد فقال بل عارية مضمونة قلت الحديث الاول محمول على ضمان الرد والخلاف فى ضمان الرد بالقيمة وكذا الحديث الثانى وقيل كان الاخذ فى حديث صفوان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال أغصبا يا محمد وعند حاجة الناس يرخص بتناول مال الغير بغير اذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا شرط فيها الضمان تضمن عند نا فى رواية قلت

قال

قال فى خلاصة الفتاوى ناقلا عن المنتقى رجل قال لآخر أعرنى ثوبك فان ضاع فأنا له ضامن قال لا يضمن وفى التحفة اذا شرط الضمان فى العارية هل يصح فالمشايخ مختلفون فيه (ولا تؤجر العارية) لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر (ولا ترهن) العارية أيضا لان الرهن ايفاء وليس له أن يوفى دينه بمال غيره بغير اذنه (كالوديعة) أى كما لا تؤجر الوديعة ولا ترهن لانها أمانة فلا يجوز التصرف فيها (فان أجر) المستعير المستعار (فعطب) أى فهلك (ضمن) المستعير لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض ماله بغير اذنه فان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ملكه بالضمان وتبين انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المستعير المؤجر اذا لم يعلم أنه كان عارية فى يده وان علم فلا كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب (ويعير) المستعير (ما لا يختلف بالمستعمل) أى باختلاف المستعمل خلافا للشافعى وأحمد وقد مر الاصل فيه هذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشئ تتقيد به على ما يجئ الآن (فلو قيدها) أى فلو قيد المعير العارية (بوقت) معين بشهر أو جمعة مثلا (أو منفعة) أى أو قيدها بمنفعة بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه أو فلان معينا (أو) قيدها (بهما) أى بالوقت والمنفعة (لا يجاوز) المستعير (عما سماه) المعير من الوقت أو المنفعة أو منهما لانه تصرف فى ملك الغير فلا يجوز الا على الوجه الذى أذن فيه من تقييد أو اطلاق (وان أطلق) المعير العارية بأن لم يقيدها بوقت أو منفعة (له) أى للمستعير (أن ينتفع) بالعارية (أى نوع) كان (فى أى وقت شاء) كمن استعار دابة للركوب او ثوبا للبس ولم يسم شيأ كان له أن يلبس ويركب بنفسه وله أن يعير ما لم يلبس هو أو لم يركب فاذا ألبس غيره أو أركبه فليس له أن يركب بنفسه بعد ذلك فى الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا كذا ذكر فى الكافى ثم فى كل موضع يتقيد بالمسمى له أن يخالف الى ما هو خير منه أو الى مثله كما اذا قال له احمل على هذه الدابة هذه الحنطة كان له أن يحمل عليها مثله أو دونه فى الضرر (وعارية الثمنين) أى الدراهم والدنانير (والمكيل) مثل الحنطة والشعير (والموزون) مثل العسل والزيت (والمعدود) مثل الجوز والبيض (قرض) لان الاعارة اذن فى الانتفاع به ولا يتأتى ذلك بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع فان بين جهة يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها ليعاير بها ميزانا أو مكيلا أو ليزين بها دكانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية أمانة ليس له أن ينتفع بها الا كما قال فكان نظير عارية الحلى والسيف المحلى (وان أعار) رجل (أرضا للبناء أو للغرس) أى غرس الشجر (صح) لان منفعتها معلومة وتجوز اجارتها فكذا اعارتها بل أولى لكونها تبرعا (وله) أى للمعير (أن يرجع) عن العارية لانها غير لازمة (ويكلفه) أى ويكلف المعير المستعير (قلعهما) أى قلع البناء والغرس لان الارض ملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كى لا يتلف عليه أرضه ويستبد هو بذلك بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما (ولا يضمن) رب الارض للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع (ان لم يوقت) للعارية وقتا وقال مالك

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

يلزمه ضمان قيمتهما ويتركان فى أرضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه الضمان قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع فى كل وقت فلم يكن غارا بالاطلاق (وان وقت) المعير وقتا معينا (ورجع قبله) أى قبل الوقت الذى عينه (ضمن مانقص) البناء أو الغرس (بالقلع) وقال زفر لا ضمان عليه لانه لما علم أن له ولاية الاخذ فقد رضى بذلك ولنا أنه لما وقت وقتا معلوما فالظاهر الوفاء بما وعد فقد اعتمد على قوله ووثق به فقد غره بخلفه فيضمن بخلاف غير الموقت والذى ذكره الشيخ فى الضمان هو قول القدورى وقيل يضمن رب الارض قيمة الغرس والبناء ويكونان له وقيل ان كان فى القلع ضرر بالارض فالخيار لرب الارض (وان استعارها) أى الارض (ليزرعها لاتؤخذ) الارض منه (حتى يحصد) الزرع استحسانا (وقت) المعير (أولا) أى أولم يوقت لان له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما فى الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك (ومؤنة الرد) أى رد العارية الى المعير (على المستعير) لانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه (و) على (المودع) بكسر الدال فى الوديعة لان منفعة حفظها عائدة اليه فكانت مؤنة ردها عليه (و) على (المؤجر) أيضا أجرة رد العين المستأجرة لان منفعة القبض حصلت له وهى الاجرة فلا يكون الرد واجبا على المستأجر فلا تلزمه الاجرة (و) على (الغاصب) أيضا أجرة رد المغصوب لان الرد الى المالك واجب عليه والاجرة مؤنته فتجب عليه (و) على (المرتهن) أيضا أجرة رد الرهن لان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه (وان رد المستعير الدابة الى اصطبل مالكها أو) رد (العبد) المستعار (الى دار المالك) أى مولى العبد (برئ) من الضمان اذا هلكت الدابة أو العبد استحسانا والقياس أن لا يبرأ لانه لم يردهما الى صاحبهما وانما ضيعهما تضييعا وهو قول الثلاثة وجه الاستحسان انه أتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه (بخلاف المغصوب والوديعة) فان الغاصب لا يبرأ الا بتسليم العين المغصوبة الى المالك لانه متعد باثبات يده فيها فلا تكون ازالتها الا بالتسليم اليه حقيقة وأما المودع فلا يبرأ أيضا الا بتسليم الوديعة الى مالكها لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضى به لما أودعها عنده (وان رد المستعير الدابة مع عبده أو) مع (أجيره) الذى استأجره اجارة (مشاهرة) أو مسانهة وقيد بها احترازا عن المياومة لانه لا يكون فى عياله (أو) ردها (مع عبد رب الدابة أو) ردها (مع أجيره) أى مع أجير رب الدابة (برئ) من الضمان اذا هلكت استحسانا والقياس أن لا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبها كما ذكرناه الآن وفى المنتقى لو كانت العارية شيأ نفيسا كالجوهر ونحوه لا يبرأ بالرد مع هؤلاء (بخلاف) ما اذا ردها مع (الاجنبى) حيث يضمن لانه متعد فى يد الاجنبى وعند الشافعى ومالك لا يضمن فيه أيضا (ويكتب المعار) أى المستعير للارض البيضاء للزراعة يكتب (انك أطعمتنى ارضك) عند أبى حنيفة لان اعارة الارض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها فكان مبهما والاطعام وان كان مجازا فهو معلوم وقالا يكتب أعرتنى أرضك لان لفظ الاعارة حقيقة فكان أولى وبه قالت الثلاثة

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الهبة)

وزنها فعلة بكسر الفاء لان أصلها وهبة من وهب كعدة أصلها وعدة من وعد وهو التبرع

والتفضل

والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال تعالى فهب لى من لدنك وليا وفى الشرع (هى) أى الهبة (تمليك العين) لغيره (بلا عوض) وهى أمر مندوب وصنيع محبوب (وتصح) الهبة (بايجاب) من الواهب (كوهبت) أى كقوله وهبت لانه صريح فى الباب (ونحلت) لكثرة استعماله فيه (واطعمتك هذا الطعام) لان الاطعام صريح فى الهبة ولو قال أطعمتك هذه الارض فهى عارية لانها لم تطعم (و) كقوله (جعلته) أى هذا الشئ (لك) لاشتماله على لام التمليك (و) كقوله (أعمرتك هذا الشئ) لقوله عليه السلام من أعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده (و) كقوله (حملتك على هذه الدابة) حال كونه (ناويا به) أى بهذا الكلام (هبة) لان المراد به الاركاب حقيقة فيكون عارية وتستعمل فى الهبة مجازا يقال حمل الامير الفلان على فرس أى وهبه فيحمل عليها عند النية (و) كقوله (كسوتك هذا الثوب) لان الكسوة يراد بها التمليك (و) كقوله (دارى لك هبة تسكنها) لان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله (لا) تصح الهبة بقوله دارى لك (هبة سكنى أو) دارى لك (سكنى هبة) وانما تصير عارية لان قوله هبة سكنى أو سكنى هبة تفسير لتمليك المنفعة فتكون عارية لانها محكم فيها والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وقوله (وقبول) بالجر عطف على قوله بايجاب أى وتصح أيضا بقبول من الموهوب له لانها عقد محتاج اليه كسائر العقود (و) تصح بتسليم و(قبض فى المجلس) لانه عقد تبرع فلا يثبت الملك قبل القبض وقال مالك تملك بمجرد العقد كما فى البيع (بلا اذنه) أى بلا اذن الواهب استحسانا والقياس أن لا يجوز بلا اذنه لانه تصرف فى ملك الغير فلا يجوز الا باذنه وبه قال الشافعى وجه الاستحسان ان القبض كالقبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض (و) تصح (بعده) أى بعد المجلس أراد بعد الافتراق (به) أى بالاذن فلا تصح بعد الافتراق بلا اذن لانا أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول وهو يتقيد بالمجلس لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح وقوله (فى محوز) يتعلق بقوله وتصح أى وتصح الهبة فى محوز أى مجموع قيد به احترازا عن المتصل كالثمرة على الشجرة وقيد بقوله (مقسوم) احترازا عن المشاع (و) تصح الهبة أيضا فى (مشاع لا يقسم) كالعبد والدابة لان القبض الكامل فيه لا يتصور فاكتفى بالقاصر منه (لا) تصح (فيما يقسم) أى فى مشاع يقسم كسهم من الدار وقال الشافعى تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال أحمد ومالك فى رواية ولنا ان الخلفاء الراشدين رضى الله تعالى عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة وما روى من قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة لحديث غريب (فان قسمه) بعدما وهب مشاعا (وسلمه صح) لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى وقاضيخان وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ (وان وهب) رجل لآخر (دقيقا فى بر لا) تصح (وان طحن) البر (وسلم) الدقيق (وكذا) لا يصح لو وهب (الدهن فى السمسم و) وهب (السمن فى اللبن) وان استخرجهما وسلمهما لان الموهوب معدوم الا اذا تجدد العقد بعد استخراجهما

قوله الفلان كذا فى النسخ وفى المصباح فلان وفلانة بغير ألف ولام كناية عن الاناسى وبهما كناية عن البهائم يقال ركبت الفلان وحلبت الفلانة انتهى

وانما جازت الوصية بهما لان الوصية بالمعدوم تجوز واللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الارض والتمر فى النخل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى امتناع القبض كالشائع فاذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما فى هبة الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لان فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم والدار التى فيها المتاع والجوالق الذى فيه الدقيق كالمشاع (وملك) الموهوب له العين الموهوبة (بلا قبض جديد لو) كانت (فى يد الموهوب له) لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت فى يده أمانة أو مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر وان اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس هذا اذا كان الموهوب فى يده مضمونا كالغصب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه وكذا اذا كان فى يده عارية أو اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه وأما اذا كانت فى يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب عنه فى الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة لكن لما كان للمودع يد حقيقة نزل قابضا لذلك لان اقامة يده مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة (وهبة الاب لطفله) أى لولده الصغير (تتم بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه سواء كانت العين الموهوبة فى يده أو فى يد مودعه بخلاف ما اذا كان فى يد غاصبه أو فى يد مرتهنه أو مستأجره حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه (وان وهب له) أى للطفل (أجنبى تتم) الهبة (بقبض وليه) نحو الاب والجد ووصيهما سواء كان الصغير فى حجرهم أو لا بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض الا اذا كان فى حجرهم وليس له أب وهو معنى قوله (وامه) أى وتتم بقبض أمه (و) قبض (أجنبى لو) كان الصغير (فى حجرهما) وان لم يكن فى حجرهما لا تتم (و) يتم أيضا (بقبضه) أى بقبض الطفل بنفسه (ان عقل) التحصيل لانه فى التصرف النافع يلحق بالبالغ العاقل (ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب) للصغيرة اذا كان قبضه (بعد الزفاف) أى بعد ان زفت الصغيرة اليه لان الاب أقامه مقام نفسه فى حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب أيضا صح لان الولاية له واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط أن يكون ممن يجامع مثلها فى الصحيح (ولو وهب اثنان دارا لواحد صح) لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع (لا) يصح (عكسه) وهو ان يهب واحد من اثنين عند أبى حنيفة لان تمليك الكل منهما تمليك البعض الشائع من كل منهما لانه لا وجه له سوى هذا وهذا باطل وقالا يجوز لان هذا تمليك واحد منهما فلم يتحقق الشيوع وبه قالت الثلاثة (وصح تصدق عشرة) دراهم على فقيرين (و) كذا (هبتها) أى هبة عشرة دراهم (لفقيرين لا) يصح التصدق بعشرة على غنيين ولا هبتها (لغنيين) هذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين الصدقة والهبة فى الحكم حيث أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلا منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو

واحد

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فتكون تمليكا من اثنين ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله وهو معلوم ولو أوصى به لاغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل سوى بينهما فوجب أن يمنع في البابين فكان في المسئلة روايتان وهذا كله على قول أبي حنيفة وأما عندهما فالهبة من شخصين جائزة فالصدقة أولى

هذا (باب) في بيان أحكام (الرجوع في الهبة)

صح الرجوع فيها أى في الهبة مالم يمنع مانع وقال الشافعي لا يصح الا في الولد لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما وهب لولده والعائد في هبته كالكلب يعود في قيئه رواه البخاري وغيره وبه قال أحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب عنها أخرجه الدارقطني أى مالم يعوض والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله ونحن نقول بموجب الحديث لانه لو رجع كره ذلك وروى الكرخي عن أصحابنا أنه حرام ولكن يرفع الامر الى الحاكم حتى يفسخ الهبة فيعود اليه قديم الملك وانه لا ينافي الرجوع لانه أخبر عن قبحه فمعناه انه لا يليق له أن يرجع الا الوالد فيما يهب لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام المؤمن لا يكذب أى لا يليق له أن يكذب وقوله عليه الصلاة والسلام الزاني لا يزني وهو مؤمن أى لا يليق له أن يزني وهو مؤمن لا انه ينافي صفة الايمان ان فعله بل هو قبيح ومع الايمان أقبح فكذا هذا قبيح ولهذا قال كالكلب لان فعله يوصف بالقبح لا بالحرمة (ومنع الرجوع) أى رجوع الهبة أشياء يجمعها حروف (دمع خزقه) أخذها من بيت شعر قيل فيه وهو قوله

ومانع عن الرجوع في الهبه * ياصاحبي حروف دمع خزقه

ثم شرع يبين ذلك بالقاء التفصيلية بقوله (فالدال الزيادة المتصلة كالغرس) أى غرس الشجر في الارض الموهوبة (والبناء) عليها اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا يمنع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بأن كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع من تلك القطعة دون غيرها (و) كزيادة (السمن) بأن كان الموهوب هزالا فسمن عند الموهوب له واحترز بالمتصلة عن الزيادة المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لانه عقد معاوضة فلو رد الاصل دون الزيادة لأدى الى الربا لسلامة الولد له مجانا ورد الولد معها لا يمكن لان العقد لم يرد عليه فبطل أصلا ورجع بالنقصان ثم المراد بالاتصال هو أن يكون في نفس الموهوب شيء يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المتن وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين وكذا اذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل عندهما ينقطع الرجوع خلافا لابي يوسف ولو وهب عبدا كافرا فأسلم في يد الموهوب له أو وهب عبدا حلال الدم فعفا ولي الجناية وهو في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد القرآن أو الكتابة أو الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست

زيادة فى العين وفيه خلاف زفر ويروى الخلاف بالعكس ولو اختلفا فى الزيادة فالقول للواهب لانه ينكر لزوم العقد (والميم موت أحد المتعاقدين) الواهب أو الموهوب له لان بموت الواهب يبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط وبموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم (والعين العوض) وفسره بقوله (بأن قال) الموهوب له للواهب (خذه) أى هذا الشئ (عوض هبتك أو بدلها أو) خذه (بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لما روينا ولا بد من ذكر الموهوب له ان المدفوع عوض عن الهبة وقد أشار الشيخ اليه بقوله خذه عوض هبتك أو بدلها أو بمقابلتها الا ان حق الرجوع ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به هو ويشترط فيه شرائط الهبة من القبض والافراز ولو وهب للواهب شيأ ولم يذكر انه عوض عنها كان هبة مبتدأة فلكل واحد منهما أن يرجع فى هبته (وصح) العوض (من أجنبى) كما فى الصلح عن دم العمد والخلع ولا يرجع الاجنبى على الموهوب له وان كان بأمره لانه لم يؤد عنه شيأ واجبا بخلاف قضاء الدين حيث يرجع اذا كان بأمره (وان استحق نصف الهبة رجع) الموهوب له على الواهب (بنصف العوض) لانه لم يدفع اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره (وبعكسه) أى وبعكس الحكم المذكور وهو ما اذا استحق نصف العوض (لا) يرجع الواهب بشئ (حتى يرد ما بقى) من العوض وقال زفر يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الآخر ولنا ان العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل انه يجوز أن يعوضه أقل من جنسه فى المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربا وانما أعطاه ليسقط حقه فى الرجوع الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضى بما بقى من العوض وان شاء ردّ الباقى عليه ويرجع فى الهبة (ولو عوض) الموهوب له (النصف) من الهبة (رجع) الواهب (بما لم يعوض) وهو النصف الباقى لان حقه فى الرجوع كان فى الكل فاذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع فى حقه وبقى الباقى على ما كان (والخاء خروج الهبة) أى العين الموهوب بها (عن ملك الموهوب له) لان الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته (وبيع نصفها) أى نصف الهبة (رجع) الواهب (فى النصف) الباقى (كعدم بيع شئ) من الهبة يعنى اذا لم يبع منها شئ كان له أن يرجع فى النصف ويترك النصف فكذا له أن يرجع فى النصف اذا بيع النصف لان من له حق الرجوع فى الكل يخير بين أن يستوفى الكل أو النصف وكذا له أن يترك الكل أو البعض (والزاى الزوجية فلو وهب) لاجنبية (ثم نكح) أى ثم تزوجها (رجع) فى هبته يعنى يجوز له الرجوع (وبالعكس) أى عكس الحكم المذكور بأن وهب لزوجته ثم أبانها (لا) يرجع لان المقصود فيها الصلة كما فى القرابة (والقاف القرابة) لان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع سواء كان مسلما أو كافرا ثم فسر القرابة بقوله (فلو وهب) رجل (لذى رحم محرم منه لا يرجع فيها) أى فى الهبة (والهاء الهلاك) يعنى هلاك العين الموهوب به فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه (فلو ادّعاه) أى لو ادّعى الموهوب له الهلاك (صدق) لانه منكر

لوجوب الرد عليه فأشبه المودع (وانما يصح) الرجوع عن الهبة بأحد الامرين اما (بتراضيهما) أى الواهب والموهوب له (أو بحكم الحاكم) بالرجوع لان حكم العقد قد ثبت وتم والرفع بعد الثبوت يوقف على فسخ من له ولاية الفسخ وهو القاضى او المتعاقدان كالرد بالعيب بعد القبض فما لم يقض القاضى أو يفسخاها بالتراضى فملك الموهوب له ثابت فى العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق و بيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم وكذا لو منعه وهلك فى يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع وان منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدى و بكل منهما يكون فسخا من الاصل وعند زفر الرجوع بالتراضى عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة (فان تلفت) العين (الموهوبة) عند الموهوب له (فاستحقها مستحق وضمن) بتشديد الميم أى المستحق ضمن (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لان العقد عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضى السلامة (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء) أى فى ابتداء العقد (فيشترط التقابض فى العوضين) لان القبض شرط فى الهبة لما مر وكل واحد منهما واهب من وجه (وتبطل) الهبة بشرط العوض (بالشيوع) لان هبة المشاع لا تصح كما مر (بيع انتهاء) أى فى انتهاء العقد بعد التقابض (فترد بالعيب وخيار الرؤية) لاحدهما كما فى البيع والفاء فى فترد وفى قوله فيشترط نتيجة ما قبلهما من الكلام (و) كذلك (يؤخذ بالشفعة) اذا كان أحد العوضين عقارا وعند زفر والثلاثة بيع مطلقا أى ابتداء وانتهاء لانها تمليك بيدل من الابتداء فكان بيعا ولنا أن الموجود قبل القبض ليس الا الهبة المشروطة بالعوض وانما تؤخذ حكم مبادلة المال بالمال بعد التعويض فكان هبة ابتداء و بيعا انتهاء وثمرة الخلاف أن عندهم يثبت خيار الرؤية والرد بالعيب قبل القبض ويجوز فى مشاع يحتمل القسمة وعندنا لا يثبت شئ من هذه الاحكام قبل القبض

هذا * (فصل) * فى بيان أحكام الهبة بالشرط والاستثناء وغيرهما (ومن وهب أمة الا حملها أو) وهبها (على أن يردها) الموهوب له (عليه) أى على الواهب (أو) وهبها على أن (يعتقها أو) على أن (يستولدها أو) وهبه (دارا على أن يرد) الموهوب له (عليه) أى على الواهب (شيأ منها) أى من الدار (أو) على أن (يعوضه) أى الموهوب له الواهب (شيأ منها) أى من الدار (صحت الهبة) فى الوجوه كلها (وبطل الاستثناء) فى الصورة الاولى (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية وهذا بالاجماع الا رواية عن أحمد تفسد بالشرط وذلك لان الشرط يعمل فى عقود المعاوضات لا التبرعات وأما الاستثناء فلانه تصرف لفظى لا يعمل الا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وانما هو وصف للجارية فكان تبعا لها فلا يصح استثناؤه بخلاف الوصية حيث يجوز فى الام دون الحمل وفى الحمل دون الام لان بابها أوسع قال الشارح قوله على أن يعوضه شيأ منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله وبطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها قلت هكذا وقع فى عبارة الهداية ولكن فيه أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها ثم قال الشراح ان قوله أو يعوضه شيأ منها متصل بقوله أو تصدق عليه

بدار منها ولو وصل بقوله أو وهب دارا يلزم ماذكره الشارح قلت لا يلزم التكرار أصلا لان قوله على أن يرد عليه شيأ منها لا يستلزم أن يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بألفاظ مخصوصة فيجوز أن يكون ردا ولا يكون عوضا لعدم الاستلزام وأما قوله أو بعوضه شيأ منها فصريح بالعوض ولا شك أنهما متغايران (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فهو) أى الدين (لك أو أنت منه) أى من الدين (برىء أو) قال لمديونه (ان أديت الى نصفه) أى نصف الدين (فلك نصفه أو) قال له ان أديت الى نصفه (أنت برىء من النصف الباقى فهو) أى قوله هذا كله (باطل) لان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه ولهذا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فبطل بخلاف قوله أنت برىء من النصف على أن تؤدى الى النصف لانه تقييد وليس بتعليق (وصح العمرى) بضم العين فعلى اسم من العمر فاذا صحت يكون (للمعمر) بفتح الميم الثانية وهو الموهوب له (حال حياته و) يكون (لورثته بعده) أى بعد موت المعمر لقوله عليه السلام من أعمر عمرى فهى لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيأ فهو سبيل الميراث رواه أحمد وأبو داود والنسائى وعند مالك والشافعى فى القديم هو للمعمر منافعه للمعمر له لا لورثته ثم أشار الى تفسير العمرى بقوله (وهى أن يجعل داره له عمره فاذا مات يرد عليه) أى على المعمر بكسر الميم الثانية وهو الواهب (لا) تصح (الرقبى) بضم الراء وأشار الى تفسيرها بقوله (أى ان مت قبلك فهى لك) وان مت قبلى فهى لى فكان كل واحد منهما يراقب موت الآخر فلا يجوز لما روينا وقال أبو يوسف يجوز لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبى جائزة لمن أرقبها رواه أحمد والنسائى وبه قال الشافعى وأحمد والجواب عنه أنه مأخوذ من الارقاب معناه رقبة دارى لك وذلك جائز لكن لما احتمل الامرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية (والصدقة كالهبة) لانها تبرع مثلها فاذا كان كذلك (لا تصح الا بالقبض ولا) تصح (فى مشاع يحتمل القسمة) كسهم من الدار (ولا رجوع فيها) أى فى الصدقة لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض

---

* هذا (كتاب) * فى بيان أحكام (الاجارة)

هى فعالة أو اعالة على تقدير حذف فاء الفعل من أجر يأجر من باب طلب وضرب فهو آجر وذاك مأجور وفى كتاب العين اجرت مملوكى أوجره ايجارا فهو موجر وفى الاساس اجرنى داره فاستأجرتها وهو موجر ولا تقل مؤاجر فانه خطأ قبيح قال وليس آجر هذا فاعل وانما هو أفعل والاجرة اسم وهى ما يعطى من كرى الاجير والاجر ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به فيقال أعظم الله أجرك وفى الشرع (هى) أى الاجارة (بيع منفعة معلومة بأجر معلوم) وقيل هى تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض وقد جوزت بالاجماع لضرورة الناس (وما) أى كل شئ (صح ثمنا) فى البيع (صح أجرة) فى الاجارة فان كانت الاجرة عينا جاز كل عين ان يكون أجرة كما جاز ان يكون بدلا فى البيع وان كان موصوفا فى الذمة يجوز أيضا كل ما جاز أن يكون ثمنا أو مبيعا فى الذمة كالمقدرات

والمذروعات

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

والمذروعات ومالا فلا وقوله وماصح ثمنا صح أجرة لا ينافي العكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمنا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح أجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار بسكنى الدار وكاستئجار الارض للزراعة بزراعة أرض أخرى (والمنفعة تعلم) بأمور ثلاثة الاول (ببيان المدة) طالت أو قصرت (كالسكنى والزراعة) أي بأن استأجر دارا للسكنى أو أرضا للزراعة (فيصح) العقد (على مدة معلومة أي مدة كانت) الا في قول الشافعي لا تصح في أكثر من سنة وعنه أكثر من ثلاث سنين ويفتى في الوقف بثلاث سنين على ما مر أشار اليه بقوله (ولم يزد) في المدة (في الاوقاف على ثلاث سنين) خوفا من دعوى المستأجرين الملكية عند تطاول المدة والحيلة في الزيادة أن يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا وكذا عقدا في كل عقد سنة وذكر صدر الاسلام أن الحيلة فيه أن يرفع الى الحاكم حتى يجيزه هذا اذا لم ينص الواقف على المدة فان نص على شئ يتبع ذلك طال أو قصر لان نص الواقف كنص الشارع (أو) تعلم المنفعة (بالتسمية) وهو الامر الثاني (كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته) أي خياطة الثوب وكذا استئجار الدابة للحمل عليها مقدارا معلوما أو للركوب مسافة معلومة لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة وقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة بالتسمية (أو) تعلم المنفعة (بالاشارة) وهو الامر الثالث (كالاستئجار على نقل هذا الطعام الى كذا) أي الى موضع عينه لانه اذا عين له المحمول وغاية المحل تعينت المنفعة فيصح العقد (والاجرة) في الاجارة (لا تملك بالعقد) أي بنفس العقد سواء كانت الاجرة عينا أو دينا (بل) تملك بأحد أربعة أشياء الاول (بالتعجيل) أي بتعجيل المستأجر الاجرة (أو بشرطه) أي أو بشرط التعجيل وهو الامر الثاني (أو بالاستيفاء) أي أو باستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة وهو الامر الثالث (أو بالتمكن منه) أي من الاستيفاء بتسليم العين المستأجرة في المدة وهو الامر الرابع وقال الشافعي تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك في البدلين بنفس العقد وبه قال أحمد وقال مالك لا تملك الا بالاستيفاء فقط ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم واحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فكذا في البدل الآخر ولو ملك الاجرة لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فيؤخر الملك فيه ضرورة الى ما ذكرنا فان قلت يصح الابراء من الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها أن تمنع نفسها قلت لا يصح الابراء عند أبي يوسف لعدم وجوبه بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة وأما على قول محمد فلانه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب ألا ترى انهما جائزان بالثمن في المبيع المشروط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فكذا بهذا الدين وانما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه أوفى ما سمي لها برضاها وهو

المراد بمثله عادة عند الاطلاق فصار كما اذا أجلت المهر كله فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا هذا بل أولى لانها تسلمت الدار وهي قائمة مقام المنفعة من وجه (فان غصبت) العين المستأجرة (منه) أى من المستأجر (سقط الاجر) كله فيما اذا غصبت فى جميع المدة وان غصبت فى بعضها سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع وهل تنفسخ الاجارة قال صاحب الهداية تنفسخ وقال قاضيخان فى فتاواه والفضلى لا تنتقض (ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم وللجمال) بالجيم طلب الاجر أيضا (كل مرحلة) وقال زفر ليس لهم ذلك الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر لان المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الاجر على أجزائها وهو قول أبى حنيفة أولا ولنا انه استوفى بعض المعقود عليه على وجه لا يمكن نقضه فيجب قدره من البدل نظرا له وتسوية بين العاقدين (وللقصار والخياط) طلب الاجرة (بعد الفراغ من العمل) لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر بمقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيأ من الاجرة على ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد وفى المبسوط والذخيرة وقاضيخان اذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجرة بحسابه واستشهد فى الاصل بما لو استأجر انسانا ليبنى له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى (وللخباز) طلب الاجرة (بعد اخراج الخبز من التنور) لانه قد فرغ فتملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان يخبز فى بيت المستأجر وان كان فى بيته لم يكن مسلما بمجرد الاخراج من التنور (فان أخرجه) أى فان أخرج الخباز الخبز من التنور (فاحترق) الخبز (له الاجر) لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه لانه فى منزل المستأجر فاستحق الاجر بوضعه فيه (ولا ضمان عليه) اذا هلك بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل أن يخرجه أو سقط من يده قبل الاخراج فاحترق لا يستحق الاجر لهلاكه قبل التسليم وان كان يخبز فى منزل نفسه لا يستحق الاجر بالاخراج من التنور لما ذكرنا فلا بد من التسليم الحقيقى ولو هلك هنا قبل التسليم الى صاحبه لا يستحق الاجر لعدم التسليم الحقيقى ولا يجب عليه الضمان عند أبى حنيفة خلافا لهما ثم اذا صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح (وللطباخ) طلب الاجرة (بعد الغرف) أى غرف الطبيخ لان الغرف عليه هذا اذا كان يطبخ للوليمة وان كان يطبخ قدرة خاصة لاهل البيت فليس عليه الغرف للعرف (وللبان) أى وللذى يتخذ اللبن من الطين طلب الاجرة (بعد الاقامة) عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا بتشريجه لانه من تمام العمل وله أن الفراغ هو الاقامة والتشريج عمل زائد وهو نقل اللبن من مكانه وثمرة الخلاف فيما اذا فسد بالمطر ونحوه بعد ما أقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا هلك قبل التشريج هذا اذا لبن فى أرض المستأجر وان لبن فى أرض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج (ومن) كان (لعمله أثر فى العين كالصباغ والقصار يحبسها) أى يحبس العين (للاجر) أى لاجل الاجرة حتى يستوفيها وقال زفر ليس له ذلك لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به وبه قال أحمد

قلنا

قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه والرضا لا يثبت مع الاضطرار (وان حبس) العين (فضاع) أى هلك (فلا ضمان عليه) لان العين أمانة فى يده عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما عليه الضمان بعد الحبس كما قبله بناء على تضمين الاجير المشترك (ولا أجر) له لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط الاجرة (ومن لا أثر لعمله كالجمال) بالجيم والاولى أن يكون بالحاء المهملة (والملاح) وهو النوتى بلغة أهل مصر (لا يحبس) العين (للاجر) لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له أثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه بخلاف رد الآبق فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله أثر لانه كان على شرف الزوال والهلاك فأحياه بالرد فكأنه باعه من مولاه فكان له حق الحبس (ولا يستعمل) الاجير (غيره ان شرط عمله بنفسه) لان المعقود عليه عمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه (وان أطلق) المستأجر (كان له ان يستأجر غيره) لان الواجب عليه عمل فى ذمته ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستيفاء بالغير كالمأمور بقضاء الدين (وان استأجره) أى وان استأجر رجل رجلا (ليجىء بعياله) من موضع (فمات بعضهم) أى بعض العيال (فجاء) الاجير (بمن بقى) من العيال (فله) أى فللاجير (أجره بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله (ولا أجر لحامل الكتاب للجواب) اى لاجل الجواب يجىء به من المكتوب اليه (ولا لحامل الطعام) وهو الذى يستأجر ليذهب بطعام الى فلان بمكة مثلا (ان رده) أى ان رد حامل الكتاب الكتاب (للموت) أى لاجل موت المكتوب اليه وكذا ان رد حامل الطعام الطعام لاجل موت المحمول اليه لانه نقض تسليم المعقود عليه بالرد فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر له الاجر فى الطعام لان الاجر يقابل حمل الطعام وقد وفى بالمشروط بخلاف نقل الكتاب لان الاجر فيه لا يقابل الحمل لانه لا مؤنة له وقال محمد له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم متعلق به وقد نقضه فسقط الاجر كما فى الطعام ولو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هناك ليوصل اليه أو الى ورثته فله الاجر فى الذهاب والله أعلم بالصواب

هذا (باب) فى بيان أحكام (ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

أى فى الاجارة (صح اجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) أى فى الدور والحوانيت استحسانا لان العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا تسمى مسكنا فينصرف اليها والقياس أن لا تجوز للجهالة كالارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف العامل والعمل فلا بد من البيان (وله) أى للمستأجر (أن يعمل فيها) أى فى الدور والحوانيت (كل شىء) يريده للاطلاق وله أن يسكن غيره معه أو منفردا لان كثرة السكان لا تضر وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان ويعمل ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب وفى النهاية

لايدخل الدواب فى عرفنا لان المنازل بخارا تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب وانما هذا الجواب بناء على عرفهم فى الكوفة وفى شرح الكافى للاسبيجابى رحمه الله ولو استأجرها للسكنى كل شهر بكذا فله أن يربط فيها دابته وبعيره وشاته ويسكنها من أحب وهذا اذا كان فيها موضع معد لذلك (الا انه لا يسكن) حال كونه (حدادا او قصارا او طحانا) لان هذه الاشياء توهن البناء والمراد رحا الثور أو الماء لا رحا اليد فانه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الاشياء وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجرة لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس أن لا يجب ولو اختلفا فى اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لانه لو أنكر الاجارة كان القول له فكذا اذا أنكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستأجر اولى لانها تثبت الزيادة (و) صح اجارة (الاراضى للزراعة ان بين) المستأجر (ما يزرع فيها) لجريان العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها غير ان ما يزرع فيها متفاوت ولابد من بيانه (او قال على ان يزرع فيها ما شاء) كى لا يفضى الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على ان ازرعها ما اشاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تكون صحيحة فى القياس كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا وللمستأجر الشرب والطريق بخلاف البيع (و) صح اجارة الارض (للبناء والغرس) اى غرس الاشجار لانها منفعة معلومة فيجوز (فان مضت المدة) اى مدة الاجارة (قلعهما) اى قلع البناء والغرس (وسلمها) اى وسلم المستأجر الارض الى المؤجر حال كونها (فارغة) لانه ليس لهما نهاية معلومة حتى يتركا اليها وفى تركهما على الدوام ضرر لصاحب الارض سواء كان بأجر أو بغيره بخلاف الزرع حيث يترك الى أن يستحصد بأجر المثل لان له نهاية معلومة بخلاف ما اذا غصب أرضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان له نهاية لان ابتداء فعله وقع ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره (الا أن يغرم له) أى للمستأجر (المؤجر) وهو صاحب الارض (قيمته) أى قيمة كل واحد من البناء والغرس حال كونه (مقلوعا) لانه يستحق القلع فتقوم الارض بدون البناء والغرس وتقوم وفيها بناء وغرس لصاحب الارض أن يقلعه فيضمن فضل ما بينهما هذا اذا كانت الارض تنقص بالقلع وان كانت لا تنقص وأراد أن يضمن له قيمته ويكون له البناء فليس له ذلك الا أن يرضى صاحبه (و يتملكه) أى ويتملك صاحب الارض كل واحد من البناء والغرس بعد دفع القيمة (او يرضى) صاحب الارض (بتركه) أى بترك كل واحد من البناء والغرس (فيكون البناء والشجر لهذا) أى للمستأجر (والارض لهذا) أى للمؤجر الذى هو صاحب الارض لان الحق له فاذا رضى باستمراره على ما كان بأجر أو بغير أجر كان له ذلك (والرطبة) وهى البرسيم (كالشجر) لانه لا نهاية لها كالشجر فيعمل فيها ما يعمل فى الشجر (والزرع يترك) فى الارض المستأجرة (بأجر المثل الى أن يدرك) اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه لان له نهاية معلومة لما ذكرنا (والدابة) بالجر عطف على قوله الدور والحوانيت أى صح أيضا اجارة الدابة (للركوب والحمل و) صح أيضا اجارة (الثوب للبس) لجريان العادة بذلك (فان اطلق) المؤجر للمستأجر الركوب واللبس بمعنى ان يقول على ان يركبها من شاء ويلبس الثوب من شاء (اركب) المستأجر الدابة من شاء (والبس) الثوب (من شاء) لانه

يختلف

يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين أو بأن يشترط أن يفعل ماشاء وفى الخلاصة ولو لم يبين ولم يقل ان يفعل فيها ماشاء فسدت الاجارة للجهالة فلو أركب أو ركب بنفسه أولبس الثوب أو البس وجب عليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل (وان قيد) المؤجر (براكب) معين (ولابس) معين (فخالف ضمن) لان التقييد مفيد فاذا خالف صار متعديا فيضمن (ومثله) أى مثل الحكم المذكور وهو الضمان الحكم فى كل (ما يختلف بالمستعمل) بكسر الميم الثانية أى باختلاف المستعمل اذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا (وفيما) أى وفى الذى (لا يختلف به) أى بالمستعمل (بطل تقييده) أى تقييد المؤجر بشخص معين (كما لو شرط) المؤجر (سكنى واحد) بعينه فى اجارة الدور (له) أى المستأجر (ان يسكن غيره) اى غير الواحد الذى شرط المؤجر سكناه لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت فى السكنى ومايضر بالبناء كالحدادة والقصارة ونحوهما فهو خارج بدلالة العادة والفسطاط كالدار عند محمد وعند أبى يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس فى ضربه ونصب اوتاده واختيار مكانه (وان سمى) المستأجر (نوعا وقدرا ككربر) يحمله على الدابة التى استأجرها (له) أى المستأجر (حمل مثله و) ماهو (اخف) منه فى الضرر كالشعير والسمسم (لا) اى ليس له ان يحمل عليها ماهو (اضر) منه (كالملح) لانه اذا رضى بشئ يكون راضيا بكل ماهو مثله أو دونه دلالة دون ماهو اضر منه والقياس ان يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان للمخالفة وجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولا فائدة هنا ولو حمل عليها مثل وزن البر حديدا أو ملحا أو آجرا يضمن لانه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها أكثر وكذا اذا حمل عليها مثل وزن البر قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من البر وفيه حرارة أيضا فكان أضر عليها من البر فصار كما اذا حمل عليها تبنا أو حطبا (وان عطبت) أى هلكت الدابة (بالارداف ضمن) المستأجر (النصف) أى نصف قيمة الدابة لانها قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها الراكب الثقيل لعلمه بالركوب هذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها وقالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك نفسه وان كان صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله وقيد بالارداف لانه اذا حمله على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة ولم يذكر الشيخ رحمه الله كم يجب عليه من الاجرة وفى المحيط يجب عليه جميع الاجرة اذا هلكت بعدما بلغت مقصده ونصفها اذا كان قبله ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا (و) ان عطبت (بالزيادة على الحمل المسمى) بأن سمى قنطارا مثلا فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن (مازاد) الثقل لانها هلكت بما هو مأذون فيه وغير مأذون والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كانت الدابة لا تطيق مثله فيجب عليه جميع قيمتها لعدم الاذن فيه (و) يضمن (بالضرب) أى بضرب الدابة (والكبح) أى بكبحها من كبحت الدابة بلجامها اذا رددتها وجذبتها الى نفسك لتقف ولا تجرى هذا عند ابى حنيفة لانه فعل غير مأذون فيه وقالا اذا كان خارجا عن المعتاد يضمن والا لا لان الضرب فى السير معتاد فكان مأذونا فيه بخلاف غير المعتاد وبه قالت الثلاثة (ونزع السرج) بالجر أى ويضمن أيضا بنزع سرج الدابة التى اكتراها بسرج فهلكت (والا كاف) أى وبالا كاف أيضا

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

بان نزع سرجها وأوكفها باكاف وهى البرذعة فهلكت (او الاسراج) بان نزع سرجها فاسرجها (بما لا تسرج) هذه الدابة (بمثله) أى بمثل ذلك السرج فهلكت فانه يضمن جميع قيمتها فى هذه الصور للتعدى وان أسرجها بسرج تسرج بمثله لا يضمن لتناول الاذن اياه الا اذا كان زائدا فى الوزن فحينئذ يضمن الزيادة بحسابه وعندهما الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان مثله يوكف الا اذا كان زائدا على السرج الذى كان عليها فيضمن الزيادة بحسابها كما فى السرج وقيل عن أبى حنيفة روايتان فى رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفى رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهو الاصح وتكلموا على معنى قولهما انه يضمن بحسابه فنهم من قال انه يقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن (وسلوك طريق) بالجر عطفا على قوله وبالضرب أى يضمن جميع القيمة أيضا بسلوك المكارى فى طريق (غير ما عينه) مالك المتاع (و) الحال ان الطريقين قد (تفاوتا) بان كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لصحة التقييد فاذا خالف فقد تعدى فيضمن قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا ولا يلزم اجتماع الاجرة والضمان لانهما فى حالتين (وحمله) بالجر عطفا على قوله وسلوك أى ويضمن أيضا بحمله أى بحمل المكارى المتاع (فى البحر) لفحش التفاوت بين البر والبحر ولو سلم يجب المسمى استحسانا وقوله (الكل) بالنصب عائد الى المسائل المتقدمة من قوله وبالضرب الى هنا والتقدير ويضمن الكل أى جميع القيمة لان الواجب فى جميعها جميع القيمة (وان بلغ) المكارى بالمتاع الى المقصد فى المسئلتين المذكورتين (فله الاجر) لحصول المقصود وقد ذكرناه (و) يضمن (بزرع رطبة و) الحال أن مالك الارض قد (أذن له بالبر) أى بزرع البر (ما نقص) الارض وهو فى محل نصب على أنه مفعول يضمن المقدر وذلك لان الرطاب أكثر ضررا بالارض من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان (ولا أجر) له عليه لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب فلا يجب الاجر به وان زرع فيها ما هو أقل ضررا من البر لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا (و) يضمن (بخياطة قباء و) الحال أنه قد (أمر بقميص) أى بخياطة قميص (قيمة ثوبه وله) أى لصاحب الثوب (أخذ القباء) ان شاء (ودفع أجر مثله) ولا يجاوز به المسمى قيل أراد بالقباء القرطق وهو الذى يلبسه الاتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد وقال ظهير الدين رحمه الله القميص اذا قد من قبل كان قباطاق وقباطاق اذا خيط جانباه كان قميصا وهو المراد بالقرطق لانه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له الخيار وفى غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة وقيل الجواب يجرى على اطلاقه فى الكل وعن أبى حنيفة انه لا خيار لرب الثوب فى الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء ضمن من غير خيار وقيل يخير وهو الاصح

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاجارة الفاسدة)

(يفسد الاجارة الشروط) لانها كالبيع الا ترى أنها تقال وتفسخ فتفسدها الشروط التى لا يقتضيها العقد (وله) أى للمؤجر (أجر مثله لا يجاوز به المسمى) وعند زفر والثلاثة يجب أجر

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

المثل بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا قيمة لها الا أنها قومت بالعقد ضرورة والزائد عليها قيمة غير مقصودة فيسقط بخلاف البيع لان تقوم الاعيان ليس بضرورى هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى أو لعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى أو لعدم التسمية يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل أن يسمى دابة أو ثوبا أو يستأجر الدار أو الحمام على أجر معلومة بشرط أن يعمرها أو يرمها وقالوا اذا استأجر دارا على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ (فان أجر دارا كل شهر بدرهم صح فى شهر) واحد لان لفظة كل للعموم وقد يتعذر العمل بها لان الشهور لا نهاية لها والواحد معين فيصح فيه وفى قول عن الشافعى يبطل وعند مالك يصح فى الكل وبه قال أحمد فى رواية وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا يصح أكثر من شهر ثم اذا تم الشهر كان لكل منهما نقض الاجارة بشرط أن يكون الآخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الآخر وعند أبى يوسف يجوز (الا ان يسمى الكل) أى الا أن يعين كل الاشهر لانه حينئذ تعلم المدة فيصح العقد فيها بالاجماع (وكل شهر سكن أوله) أى أول شهر (ساعة صح فيه) أى فى ذلك الشهر الذى سكن فيه ساعة لحصول رضاهما بذلك ولم يكن للمؤجر اخراجه الى أن ينقضى لرضاه بسكناه وعند الشافعى لا يصح وفى ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار فى الليلة الاولى من الشهر ويومها وبه يفتى ولو فسخ فى اثناء الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ اذا خرج الشهر ولو قال فى اثناء الشهر فسخت رأس الشهر تنفسخ اذا أهل الشهر بلا شبهة ولو قدم أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الاجرة لا يكون لواحد منهما الفسخ فى قدر المعجل أجرته (وان استأجرها) أى الدار (سنة صح) الايجار (وان لم يسم أجرة كل شهر) يعنى بعد ما سمى الاجرة جملة لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجر معلومة فيصح ويقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان (وابتداء المدة) أى مدة الاجارة (من وقت العقد) كالاجل واليمين أن لا يكلم فلانا شهرا (فان كان) عقد الاجارة (حين يهل الهلال (يعتبر الاهلة) فى شهور المدة (والا) أى وان لم يكن حين يهل بل كان بعد ما مضى شئ من الشهر (فالايام) أى فتعتبر الايام فى الشهور بالعدد وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يتم الشهر الاول بالايام والباقى بالاهلة لان الاصل فى الشهور اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد أمكن ذلك فى الشهور المتخللة وتعذر فى الاول فيكمل بأيام الشهر الآخر وله أن الشهر الاول يتم بأيام وبليلة من الشهر المتصل به فيبدأ الشهر الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر المدة كل شهر ثلاثون يوما والسنة ثلثمائة وستون يوما (وصح أخذ أجرة الحمام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام دخل الحمام بالجحفة ولتعارف الناس ومنهم من كره الحمام لانه عليه الصلاة والسلام سماه شر بيت فانه تكشف فيه العورات ومنهم من كرهه للنساء لانهن ممنوعات عن الخروج والصحيح أنه لا بأس باتيان الحمامات للرجال والنساء جميعا للضرورة (و) كذا يصح أجرة (الحجام) لانه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى أجرته وقالت الظاهرية لا يحل لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان وبه قال أحمد قلنا انه منسوخ (لا) يصح أخذ أجرة عسب (التيس) لما روينا وهو

قول المصنف لا التيس هكذا وقع بخط المؤلف فى الشرح والذى بخط الغزى لا أجرة عسب التيس اه من هامش

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

أن يستأجر التيس لينزو على غنمه وعن بعض الشافعية والحنابلة صح أخذ أجرة عسب التيس (و) كذا لا يصح أخذ أجرة (الاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه) لان القربة تقع عن العامل ولقوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به بخلاف بناء المساجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه وتعليم العلوم الادبية وقال الشافعي رحمه الله يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير وعند مالك يجوز على الامامة اذا جمعها مع الاذان وفي تتمة الفتاوى الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز كالاستئجار لتعليم القرآن وفي الاستئجار لتعليم الحرف روايتان في رواية المبسوط يجوز وفي رواية القدوري لا يجوز وذكر شمس الائمة السرخسي أن مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن فنحن أيضا نفتي بالجواز ثم قال فيها استأجر انسانا ليعلم غلامه أو ولده شعرا أو أدبا أو حرفة مثل الخياطة ونحوها فالكل سواء ان بين المدة بأن استأجره شهرا ليعلمه هذا العمل يجوز ويصح وينعقد العقد على المدة حتى انه يستحق الاجرة تعلم أو لم يتعلم اذا سلم الاستاذ نفسه لذلك أما اذا لم يبين المدة فينعقد لكن فاسدا حتى لو علم استحق أجرة المثل والا فلا وكذا تعليم سائر الاعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا ولو شرط عليه أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز لان التحذيق ليس في وسعه (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك لظهور التواني في الامور الدينية وكسل الناس في الاحتساب وكذا يجوز على الامامة في هذا اليوم لان الائمة كانت لهم عطيات في بيت المال وانقطعت اليوم بسبب استيلاء الظلمة عليها وفي روضة الزندويستي كان شيخنا ابو محمد عبد الله الخيزاخزي يقول في زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجر ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف (ولا يجوز) أخذ الاجرة (على الغناء والنوح والملاهي) لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر وان أعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفي المحيط اذا أخذ المال من غير شرط يباح لانه عن طوع من غير عقد وفي شرح الكافي ولا تجوز الاجارة على شئ من الغناء والنوح والمزامير والطبل أو شئ من اللهو ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك والطبل انما كان منهيا اذا كان للهو اما اذا كان لغيره فلا بأس به كطبل الغزاة وطبل العرس وفي الاجناس ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليشتهر بذلك ويعلن به النكاح وفي فتاوى الولوالجي رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لا يجوز وان كان للغزو أو القافلة يجوز لانه طاعة (وفسد اجارة المشاع الا من الشريك) صورته أن يؤجر نصف دار مشتركة بينه وبين آخر من رجل ليسكنها لا يجوز عند أبي حنيفة الا من شريكه وقالا يجوز مطلقا لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال الشافعي ومالك وله أنه عقد والغرض منه الانتفاع وهو لا يتصور بالمشاع فلا بد من التهايؤ فيصير كل منهما نائبا عن الآخر في النصف في نوبته والمالك لا يصح نائبا عن المستأجر والحيلة في جواز اجارة المشاع أن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارئ لا يفسد كما في الهبة أو يحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما (وصح استئجار الظئر) وهي المرضعة (بأجرة

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

معلومة) لاجماع الامة عليه (و) صح استئجارها (بطعامها وكسوتها) عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة وبه قال الشافعي وله أن العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد فلم تكن الجهالة مفضية الى المنازعة (ولا يمنع زوجها) أي زوج الظئر (من وطئها) لانه حقه ولهذا له فسخ الاجارة اذا لم يكن علم بها سواء كان يشينه اجارتها بأن كان وجيها بين الناس أو لم يكن في الاصح ولكن للمستأجر منعه من دخول بيته لان المنزل له وعند مالك يمنع من الوطء (فان حبلت) الظئر (أو مرضت فسخت) الاجارة لان الحبلى والمريضة تضر بالصغير وهي أيضا يضرها الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنهما وكذا يفسخ اذا تقيأ لبنها أو كانت سارقة أو فاجرة بائنا فجورها بخلاف ما اذا كانت كافرة وكذا اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها يفسخ ولها أيضا فسخها اذا كانت تتأذى منهم وكذا اذا لم تجر لها عادة بالارضاع وكذا اذا عيروها به ولا تفسخ بموت أب الصبي لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال أو لم يكن ولو سافرت هي أو اهل الصبي تفسخ الاجارة (وعليها) أي على الظئر (اصلاح طعام الصبي) اعتبارا للعرف وكذا تغسل ثيابه وغير ذلك مما جرت به العادة (فان أرضعته) أي فان أرضعت الظئر الصبي (بلبن شاة فلا أجر) لها لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وفي المحيط لو استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا لا يجوز لان للبن البهائم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة (ولو دفع) رجل لنساج (غزلا لينسجه بنصفه) أي بنصف الغزل (أو استأجره) أي أو استأجر أحدا (ليحمل طعامه) الى بيته (بقفيز منه) أي من الطعام بان جعل القفيز أجرته (أو) استأجر أحدا (ليخبز له كذا) من الخبز (اليوم بدرهم لم يجز) الاجارة في الصور الثلاث أما في الاولى والثانية فلانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فصار في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه الصلاة والسلام وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه فاذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى وكان مشايخ بلخ ونسف يجوزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك وأما في الثالثة فلان المعقود عليه مجهول هذا عند أبي حنيفة وقالا هذه جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل وعن أبي حنيفة أنه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الاجارة لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت في فانه يقتضي الاستغراق ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع (وان استأجر أرضا على أن يكربها) من كرب الارض اذا أصلحها بالمحراث ثم زرعها ومضارعه يكرب من باب نصر ينصر ومادته كاف وراء وباء موحدة وكرب أيضا اذا أخذ الكرب من النخل (و) أن (يزرعها أو) استأجرها على أن (يسقيها ويزرعها صح) الايجار لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتأتى الا بالكراب والسقي (وان شرط) في الاجارة (أن يثنيها) من الاثناء وهو أن يعيد الحرث بالمحراث بعد الحرث الاول مبالغة فيه (أو) أن (يكري انهارها) من كريت النهر بالفتح كريا أي حفرته (أو يسرقنها) من سرقنت

الارض اذا جعلت فيها السرقين وهو الزبل وهو لفظ معرب ويقال له سرجين أيضا (أو يزرعها) أي الارض (بزارعة أرض أخرى) بان جعلت زراعة الارض الاخرى أجرة لها (لا) يصح لان هذه شروط لا يقتضيها العقد لان أثر التثنية وكرى الانهار والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع صاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد حتى لو كانت بحيث لا يبقى لهذه أثر بعد المدة بان كانت طويلة أو كان الريع لا يحصل الا بها لا يفسد اشتراطها لانها حينئذ مما يقتضيه العقد لان من الاراضي ما لا تخرج الريع الا بالكراب مرارا وبالسرقنة وقد يحتاج الى كرى الجداول ولا يبقى أثره الى القابل عادة بخلاف كرى الانهار لان أثره يبقى الى القابل عادة وفي لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال كرى الانهار لانها مطلقة تتناول الانهار العظام دون الجداول واما استئجار الارض ليزرعها بأرض أخرى ليزرعها الآخر فهو بيع الشئ بجنسه نسيئة وهو حرام خلافا للثلاثة (كاجارة السكنى) أي كما لا تجوز اجارة السكنى (بالسكنى) أو الركوب بالركوب لما ذكرنا خلافا للثلاثة أيضا ثم لو استوفى أحدهما المنفعة فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وعن الكرخي عن أبي يوسف انه لا شئ عليه (ولو استأجره) أي فلانا (لحمل طعام) مشترك (بينهما فلا أجر له) اى الذي سماه ولا أجر المثل وقال الشافعي تجوز هذه الاجارة ويجب المسمى لانه أوفى المشروط عليه وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه لا يتميز عمله لنفسه من عمله لشريكه فوقع الشك فلا يجب به (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) فانه لا يجوز لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره منه (وان استأجر) رجل (أرضا ولم يذكر أنه يزرعها) أي الارض (أو) لم يذكر انه (أي شئ يزرعها فزرعها فضى الاجل) أي مدة الاجارة (فله) أي فللمؤجر (المسمى) من الاجرة لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيام وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى الاجل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفيه خلاف زفر أيضا (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل) عليه (ما يحمل الناس فنفق) أي هلك الحمار (لم يضمن) لان العين أمانة في يده وان كانت الاجارة فاسدة ولم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه (وان بلغ) الحمار معه (الى مكة فله) أي فللمؤجر (المسمى) لان الفساد كان للجهالة فاذا حمل عليه شيأ يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا (وان تشاحا) أي وان تنازعا وتخاصما أي المؤجر والمستأجر (قبل الزرع) في المسئلة السابقة (و) قبل (الحمل) على الحمار في هذه المسئلة (نقضت الاجارة دفعا للفساد) لبقائه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسئلة السابقة وبالحمل في هذه

* هذا (باب) في بيان أحكام (ضمان الاجير)

وهو من يؤجر نفسه للعمل وهو على نوعين أحدهما (الاجير المشترك) وهو (من يعمل لغير واحد) و صفته أنه (لا يستحق الاجر حتى يعمل كالصباغ والقصار) وحكمه أنه أمين (والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) من غير تعد عند أبي حنيفة لانه أمين وقالا يضمن لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك وبه قال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية وبه

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

أفتى بعضهم و بقول الامام آخرون وأفتى بالصلح جماعة منا (وما) أى والذى (تلف بعمله) أى بعمل الاجير المشترك (كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به الحمل وغرق السفينة من مده مضمون) وقال زفر والشافعى غير مضمون لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب ولنا أن المقصود هو المصلح دون المفسد فكان هو المأذون فيه دون غيره (ولا يضمن به) أى بغرق السفينة (بنى آدم) بعده أو سقط من الدابة وان كان فى سوقه أو قوده لان الآدمى لا يضمن بالعقد وانما يضمن بالجناية ولو غرقت من موج أو ريح أو صدم جبل أو زوحم الحمال فلا ضمان عليهم لانهم لا فعل لهم فى ذلك (وان انكسر دن فى الطريق ضمن الحمال قيمته) التى تقوم (فى مكان حمله ولا أجر) له (أو) ضمن قيمته (فى موضع انكسر) فيه الدن (و) يجب (أجره بحسابه) أما الضمان فلانه تلف بفعله وأما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن متعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أى الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته فى الابتداء ولا يجب الاجر وان مال الى كونه مأذونا فيه فى الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته فى موضع الكسر وأعطاه أجره بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بان زلق أو عثر وان كان من غير صنعه بان زحمه الناس فانكسر لا يضمن عند أبى حنيفة لان المتاع أمانة عنده وعندهما يضمن قيمته فى موضع الكسر فيعطيه أجره (ولا يضمن حجام أو بزاغ) وهو البيطار من البزغ وهو الشق (أو فصاد لم يتعد) أى لم يتجاوز (الموضع المعتاد) لعدم العلم بحصول الموت منه الا أن يتجاوز الموضع المعتاد لان ذلك غير مأذون فيه فيضمن نصف دية النفس لانها تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وان لم يهلك يضمن الزائد كله حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرئ المقطوع يجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فيجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لما ذكرنا وهو من أغرب المسائل واندرها حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك (و) الثانى الاجير (الخاص) وهو الذى (يستحق الاجر بتسليم نفسه) للعمل (فى المدة) أى فى مدة الاجارة (وان لم يعمل) و يسمى أجير وحد أيضا لانه يختص به الواحد وهو المستأجر وليس له أن يعمل لغيره لان منافعه صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه مالم يمنعه من العمل مانع كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل ثم فسره بقوله (كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم و) حكمه أنه (لا يضمن ما تلف فى يده أو بعمله) لان العين أمانة فى يده لانه قبضها بالاذن وهذا بالاجماع الا فى وجه للشافعى انه يضمن (وصح ترديد الاجر) أى جعله مترددا بين التسميتين (بترديد العمل) أى بسبب ترديد العمل (فى الثوب نوعا) أى من حيث النوع بأن قال ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين (وزمانا) أى ومن حيث الزمان بأن قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم وقوله (فى الاول) اى فى الشرط الاول قيد لقوله زمانا فقط لان الترديد اذا كان فى النوع يجوز بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة حتى اذا عمل أى العملين فى الخياطة الفارسية والرومية استحق ما سماه أجرا وعند زفر والثلاثة لا يجوز لجهالة المعقود عليه للحال ولنا انهما عملان مختلفان ببدلين مختلفين وكل واحد معلوم فيتعين احدهما

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

باختياره وترتفع الجهالة المفضية للمنازعة واذا كان الترديد في الزمان يصح في الاول دون الزمان الثاني حتى اذا خاطه اليوم في قوله ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله لا يتجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة وعندهما يصح في الاول والثاني حتى اذا خاطه اليوم فله درهم واذا خاطه غدا فله نصف درهم وعند زفر والثلاثة لا يصح لا في الاول ولا في الثاني لما ذكرنا لهما انهما عقدان ببدلين مختلفين فيصح كلاهما وله أن الشرط الثاني عقد آخر فقد حصلت فيه تسميتان لان الموجود في اليوم الاول تسمية واحدة لان الثانية مضافة فصحت الاولى فاذا جازت التسمية الثانية اجتمع في الغد تسميتان والتسميتان في عقد واحد مفسدة فوجب أجر المثل (و) صح الترديد أيضا (في الدكان) بان قال ان سكنت هذه الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان سكنتها حدادا فبدرهمين فالعقد جائز عند أبي حنيفة وقالا لا يصح لان المعقود عليه واحد والاجران مختلفان ولا ندري أيهما يجب فلا يصح وبه قال زفر والثلاثة وله ان أقل الاجرتين تجب بتسليم المحل والزيادة موقوفة على ظهور العمل ولو كان كل الاجر موقوفا على ذلك كما في مسئلة الخياطة الرومية والفارسية جاز وهذا أولى (و) في (البيت) أيضا مثل الدكان (و) صح ترديد الاجرة في (الدابة) أيضا (مسافة) أي من حيث المسافة بأن قال أجرتك هذه الدابة الى بغداد بعشرين درهما والى الكوفة بعشرة دراهم (وحملا) أي من حيث الحمل بأن قال أجرتكها على انك ان حملت عليها قنطارا من زيت فبعشرة وان حملت عليها قنطارا من حديد فبمائة فالعقد جائز فيهما عند أبي حنيفة خلافا لهما وزفر والثلاثة وكذا الحكم اذا كان الترديد بين ثلاثة أشياء ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا في خيار التعيين في البيع (ولا يسافر) المستأجر (بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) السفر لان مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر وعليه عرف الناس بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه الا اذا شرط وقت الاجارة أو يكون متهيأ للسفر وقت الاجارة وعرف بذلك ولو سافر به ضمن لانه غاصب ولا أجر عليه وان سلم لان الضمان والاجر لا يجتمعان وعند الثلاثة له أجر المثل (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور استأجره من نفسه (أجرا دفعه لعمله) أي لاجل عمل العبد ومعناه لا يسترد الاجر الذي دفعه اليه لانه خرج عن ملكه لعمله فليس له أن يسترده وعند الثلاثة يأخذ وعليه أجر المثل وهو القياس وكذا الحكم في الصبي المحجور عليه اذا أجر نفسه فالاجر له ولو أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للسيد وأجر ما يستقبل للعبد وان أجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فأجر ما مضى للمولى وان أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى واذا هلك العبد المحجور في حالة الاستعمال يجب عليه قيمته ولا يجب عليه الاجر (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) أي من أجر العبد اذا أجر نفسه وهو في يد الغاصب عند أبي حنيفة وقالا عليه ضمانه لانه أتلف مال الغير بغير اذنه وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده أو بيد نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه فصار كما لو أجره الغاصب وأخذ أجره فأكله حيث لا ضمان عليه (ولو وجده) أي ولو وجد ما في يد العبد من

الاجرة (ربه) أى سيده (أخذه) لانه عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك (وصح قبض العبد أجره) من المستأجر بالاجماع لانه المباشر للعقد (ولو أجر) رجل (عبده هذين الشهرين) أجر (شهرا بأربعة) دراهم (وشهرا بخمسة) دراهم (صح) هذا الايجار (والاول) من الشهرين يكون (بأربعة) لانه قال أولا شهرا بأربعة انصرف الى مايلى العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه (ولو اختلفا) أى المؤجر والمستأجر (فى اباق العبد ومرضه) بأن قال المستأجر فى آخر الشهر ابق أو مرض فى المدة وكانت الاجارة شهرا مثلا وأنكر المولى ذلك أو أنكر استناده الى أول المدة فقال اصابه قبل أن يأتينى بساعة (حكم الحال) أى يجعل الحال حكما بينهما فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر (والقول لرب الثوب فى القميص والقباء) فان اختلف رب الثوب والصانع فى المخيط فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا (و) كذا (فى الحمرة والصفرة) بأن قال صاحب الثوب أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ بل أمرتنى أصفر (و) كذا (فى الاجر وعدمه) بأن قال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع بل بأجر فالقول فى الكل قول المستأجر اما فى الاولين فلان الاذن يستفاد من جهته فكان أعلم بكيفيته فيكون القول قوله مع يمينه فاذا حلف يضمن الخياط والصباغ ثم صاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به المسمى وعن محمد أنه يضمن له مازاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن أبى ليلى القول قول الصباغ وأما فى الثالث وهو مسئلة الاجرة فلان المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه والقول قول المنكر هذا عند أبى حنيفة وعند أحمد والشافعى القول للصانع وقال أبو يوسف ان كان هذا الصانع حريفا له أى معاملا فالقول قوله لان عادته اذا سبقت له بالعمل بأجرة فالعادة كالمنطوق وقال محمد ان كان معروفا أنه يعمل تلك الصنعة بالاجرة فالقول قوله لشهادة الظاهر لدعواه وبه يفتى

هذا (باب) فى بيان أحكام (فسخ الاجارة)

وهو نقضها (وتفسخ) الاجارة (بالعيب) بأن وجد بالدار التى استأجرها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ كما فى البيع فان استوفى المنافع فقد رضى بالعيب فسقط الخيار ويلزم جميع الاجرة وهذا بالاجماع فان فعل المؤجر ما أزال العيب فلا خيار للمستأجر لزوال الموجب للرد قبل الفسخ (وخراب الدار) بالجر أى تفسخ الاجارة أيضا بخراب الدار المستأجرة (وانقطاع ماء الضيعة) (و) انقطاع ماء (الرحا) وهذا يشير الى أن الاجارة لا تنفسخ بهذه الاشياء وقال بعضهم تنفسخ لفوات المقصود والاول أصح لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها وفى الاصل ان الاجارة فى الرحا لا تنفسخ بانقطاع الماء وعن محمد لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤجر وأراد المستأجر أن يسكنه فى بقية المدة فليس له أن يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر أن يمتنع منه وهذا صريح بأنه لا تنفسخ ولكنه يفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فيبقى العقد لكن لا أجر على المستأجر ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجرة بحصته لانه بقى شئ من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمته حصته

(وتنفسخ) الاجارة (بموت أحد المتعاقدين) اما المؤجر او المستأجر وقال الشافعي لا تبطل بموت احدهما ولا بموتهما كالبيع وبه قال مالك واحمد ولنا ان المنافع والاجرة صارت ملكا للورثة والعقد السابق لم يوجد منهم فتنتقض وقيد بقوله (ان عقدها) اى ان عقد الاجارة احد المتعاقدين (لنفسه) احترازا عن الوكيل والوصى ومتولى الوقف فانها لا تنفسخ بموتهم بالاجماع (وان عقدها) اى الاجارة احد المتعاقدين لغيره بأن كان وكيلا ووصيا كما ذكرنا (لا) تنفسخ الاجارة بموته ولو مات احد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الاجارة فى نصيبه وبقيت فى نصيب الحى وقال زفر تبطل فى نصيب الحى أيضا (وتفسخ) الاجارة (بخيار الشرط) مثلا اذا شرط احدهما الخيار لنفسه ثلاثة ايام يجوز له الفسخ وقال الشافعي لا يجوز اشتراط الخيار فيها وهذا مبنى على ان اضافة الاجارة الى الزمان المستقبل كما اذا اضافها الى شهر رمضان وهو فى شعبان يجوز عندنا فيصح اشتراط الخيار ولا يجوز عنده فلا يصح الخيار (و) كذا تفسخ بخيار (الرؤية) وقال الشافعي لا يجوز استئجار ما لم يره للجهالة قلنا الجهالة انما تمنع الجواز اذا كانت تفضى الى المنازعة وهذه لا تفضى لانه اذا لم يوافقه يرده ثم اذا رآه يثبت له خيار الرؤية فيتمكن من الفسخ (و) تفسخ ايضا بتحقق (العذر وهو) اى العذر عجز العاقد عن المضى فى موجبه) اى موجب العقد وهو حكمه (الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق) المستأجر لذلك (به) اى بالعقد ومثل لذلك بقوله (كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع) واستغنى عن القلع (او) استأجر رجلا (ليطبخ له طعام الوليمة) وهو طعام العرس (فاختلعت) المرأة (منه) اى من الرجل الذى هو الزوج فبطلت الوليمة أو ماتت المرأة قبل الزفاف (او) استأجر (حانوتا ليتجر) فيه بالبيع والشراء (فافلس) أى افتقر (أو أجر) حانوته أو بيته أو نحوهما (ولزمه دين بعيان) أى بمشاهدة من الناس (أو ببيان) أى أو باقامة بينة عليه (أو باقرار) منه وأشار بهذا الى أنه لا فرق فى ثبوت الدين بين هذه الاشياء اذ بالكل يلحقه الضرر لانه يحبس به فيتضرر (و) الحال انه (لا مال له سواه) أى سوى الحانوت قيد به لانه لو كان له مال غيره لا تفسخ الاجارة (أو استأجر دابة للسفر) أى ليسافر عليها (فبداله) أى ظهر له ما يوجب المنع (منه) أى من السفر فهذه الاشياء كلها عذر فتفسخ بها الاجارة وقال الشافعي لا تفسخ بالاعذار الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان فتكون كالبيع حقيقة وعندنا هى عقد على المنفعة بعوض وانها تنعقد ساعة فساعة على حسب الحدوث فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به ومذهب شريح أن الاجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخه ثم قال فى الجامع الصغير كل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى وفى الزيادات أن الامر يرفع الى الحاكم فيفسخ الاجارة كالرجوع فى الهبة قال السرخسى هذا هو الاصح ومنهم من فرق فقال ان كان العذر ظاهرا انفسخ والا فسخه الحاكم قال قاضيخان والمحبوبى هو الاصح (لا) يعنى ليس بعذر اذا بدا ما يوجب المنع من السفر (للمكارى) لانه لا يلزمه ضرر لانه يمكنه أن يقعد ويبعث على يد تلميذه أو أجيره بخلاف المكترى لانه تلزمه مشقة وضرر وربما يفوت ما يسافر لاجله كالحج وطلب الغريم وكذا مرض المكارى ليس بعذر وعن الكرخى انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه

الخروج

الخروج (ولو أحرق) المستأجر (حصائد أرض مستأجرة) وهي جمع حصيدة وهي ما يحصد من الزرع والنبات (أو) أحرق المستعير حصائد أرض (مستعارة فاحترق) بسببه (شئ في أرض غيره لم يضمن) لان هذا تسبيب وشرط الضمان التعدى ولم يوجد فصار كحفر بئر في ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما في ملكه فاصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدى قال السرخسي هذا اذا كانت الرياح هادئة حين أوقد النار ثم تحركت لانه لاصنع له فيها وأما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغي أن يضمن وفي التمرتاشي لو وضع جمرة في الطريق فاحرقت شيأ ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله ولو أخرج الحداد الحديد من الكير في دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار الى الطريق العامة وأحرق شيأ ضمن ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيأ فاحرق شيأ لم يضمن (وان أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) أي هذا الفعل لان هذه شركة الصنائع وتفسيرها ان يكون العمل عليهما وان كان أحدهما يتولى العمل بحذاقته والآخر يتولى القبول بوجاهته وقال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه وفيه نظر لان شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان تكون شركة الوجوه (وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا) بفتح الميم الاولى وكسر الثانية وبالعكس أيضا وهو الهودج الكبير الحجاجي كذا في المغرب (وراكبين) يقعدان فيه (الى مكة صح) استحسانا لان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد فلذلك قال (وله) أي للمستأجر (المحمل المعتاد) بين الناس والقياس أن لا يجوز لجهالته وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى (ورؤيته) أي رؤية صاحب الجمل المحمل (أحب) لانه أقرب لحصول الرضا وعند أحمد لا يصح بغير المشاهدة (و) ان استأجر جملا (لمقدار زاد) أي لحمل مقدار زاد معين (فأكل منه) أي من الزاد في الطريق (رد عوضه) أي عوض ما أكل لان المستحق عليه حمل معلوم في جميع الطريق فله استيفاؤه وعند الشافعي في الاظهر لا يرده ولو شرط رده صح بالاجماع ولو شرط عدمه لا يصح بالاجماع (وتصح الاجارة وفسخها) أي فسخ الاجارة مضافا الى الزمان المستقبل كما اذا أضافها الى رمضان وهو في شعبان وكذلك اذا أضاف الفسخ الى زمان مستقبل وعند الشافعي لا يجوز وقد ذكرناه (و) تصح (المزارعة) أيضا بالاضافة الى المستقبل كما اذا قال وهو في شعبان زارعتك أرضي من أول رمضان (و) كذا (المعاملة) وهي المساقاة بأن قال ساقيتك بستاني من أول رمضان وهو في شعبان (و) كذا (المضاربة والوكالة والكفالة والايصاء) بان قال جعلت فلانا وصيي بعد موتي اذ الايصاء لا يتصور في الحال الا اذا جعل مجازا عن الوكالة (و) كذا (القضاء) بأن قال الامام اذا جاء رأس الشهر فانت قاض ببلدة فلانية (و) كذا (الامارة) بأن قال اذا جاء رأس الشهر فانت أمير ببلدة فلانية (و) كذا (الطلاق) بأن قال لامرأته اذا جاء رأس الشهر فانت طالق لا تطلق حتى يجئ الشهر (و) كذا (العتاق) بأن قال لعبده اذا جاء رأس الشهر فانت حر (و) كذا (الوقف) بأن قال داري هذه وقف بعد موتي وقوله (مضافا) نصب على الحال وهو قيد للمذكورات كلها وتقدير الكلام ويصح كل واحد من الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة

الى آخره حال كونه مضافا الى الزمان المستقبل فعن هذا عرفت أن ذا الحال محذوف وهو الذى قدرناه (لا) يصح كل واحد من (البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) حال كونه مضافا الى الزمان المستقبل لان هذه الاشياء تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المكاتب)

هو مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء وأصله من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القربة اذا خرزتها والكتيبة هى الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لانه يجمع الابواب والفصول والكتابة لانها تجمع الحروف وسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لانه فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة أولان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا أولان كلا منهما يكتب الوثيقة وهو أظهر (الكتابة) فى اللغة مصدر كتب وقد ذكرنا معناه وفى الشرع هى (تحرير المملوك يدا) أى من جهة اليد (فى الحال ورقبة) أى من جهة الرقبة (فى المآل) أى فى المستقبل لان المكاتب لا يحرز رقبة الا اذا أدى بدل الكتابة وأما فى الحال فهو حر من جهة اليد فقط حتى يكون أحق بكسبه ويجب على المولى الضمان بالجناية عليه أو على ماله ولهذا قيل المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل فى ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير (كاتب) رجل (مملوكه ولو) كان (صغيرا يعقل بمال حال) يعنى نقدا كله (أو مؤجل) كله الى شهر أو الى سنة مثلا (أو منجم) من التنجيم وهو ان يقسط المال على أشهر بأن يقول كاتبتك على ألف درهم الى سنة على أن تعطى كل شهر كذا (وقبل) العبد ذلك (صح) أى عقد الكتابة أما نفس الكتابة فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية وهى مطلقة فتتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والمنجم والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب وقال الشافعى لا تجوز كتابة الصغير والخلاف مبنى على مسئلة اذن الصبى للتجارة وبقوله قال أحمد وانما شرطنا العقل لانه اذا لم يعقل العقد لم يكن من أهل القبول والعقد متوقف عليه وأثبت الخلاف فى المنظومة فيما اذا كان العبد صغيرا وكاتبه حيث قال لو كاتب العبد الصغير يهدر وقال فى الحقائق كاتب عبده صغيرا يجوز عندنا ويكون بمنزلة الكبير فى جميع الاحكام خلافا للشافعى ورأيت فى العمدة فى تقرير مذهبنا ثم ان كان لا يعقل يقبل عنه بنفسه وان كان يعقل بأمره بقبوله فصار خلاف الشافعى فى الموضعين الاول أن يكاتب عبده الصغير لا يجوز والثانى أن يكون المكاتب صغيرا لا يجوز وان كان مميزا سواء أذن له وليه أولا فعلى هذا قول الشيخ ولو صغيرا يحتمل الوجهين أى ولو كان العبد صغيرا أو ولو كان المولى صغيرا وكذا لا تجوز عند الشافعى الكتابة الحالة لعجزه عن بدلها وبه قال مالك وأحمد ولنا اطلاق ما تلونا وأما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه وذلك بالقبول فلا يعتق الا بأداء جميع البدل لقوله عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقى عليه من كتابته درهم رواه أبو داود واختلفت الصحابة رضى الله عنهم فيه فذهب على رضى الله عنه انه يعتق بقدر ما أدى اعتبارا للجزء بالكل ومذهب ابن مسعود رضى الله عنه انه يعتق اذا أدى قدر قيمته لانه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقى دين فى ذمته ومذهب ابن عباس رضى الله عنهما انه يعتق بنفس العقد ويكون البدل دينا فى ذمته

ومذهب

ومذهب زيد بن ثابت رضى الله عنه انه لا يعتق منه شئ حتى يؤدى الكل وبه أخذ علماء الامصار لما روينا ويعتق باداء البدل وان لم يقل المولى اذا أديت الى فانت حر وقال الشافعى لا يعتق الا اذا قال له ذلك ولا يجب عليه حط شئ من بدل الكتابة وقال الشافعى يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم أمر وهو للوجوب قلنا الامر للندب بدليل ما تقدم من الكتابة فانه للندب فكذا هذا (وكذا) يصح عقد الكتابة (ان قال) المولى (جعلت عليك ألفا تؤديه) اداء (نجوما) أى متفرقا على أنجم (أول النجم كذا) من الدراهم (وآخره كذا) منها (فاذا أديته) أى الالف (فانت حر والا) أى وان لم تؤده (فقن) أى فانت قن على حالك هذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان فيه تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان أن العبرة للمعانى وقد أتى بمعنى الكتابة مفسرا فتنعقد به وقوله اذا أديته فانت حر لا بد منه لان ما قبله يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه يترجح جانب الكتابة وقوله والا فقن فضلة فى الكلام لا يحتاج اليه (فيخرج) أى اذا صحت الكتابة يخرج المكاتب (من يده) أى من يد المولى لان موجب الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب ولهذا ليس له المنع من الخروج والسفر (دون ملكه) يعنى لا يخرج من ملك المولى لما روينا (وغرم) المولى العقر (ان وطئ مكاتبته) لانها أحق بمنافعها وبأجزائها من مولاها وعند أحمد لو شرط وطئها فى العقد لا يغرم (أو جنى) المولى (عليها) أى على المكاتبة يغرم أرشها (أو) جنى (على ولدها) أى ولد المكاتبة (أو أتلف) المولى (مالها) أى مال المكاتبة لانها أحق باكسابها وعند مالك لا يضمن وقال الكرخى فى مختصره أما المكاتب فجناية المولى عليه تلزم المولى وجناية المكاتب على سيده تلزم المكاتب وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب أو ماله يلزم كل واحد منهما ما جنى على صاحبه فى نفسه أو ماله وفى الكفاية للبيهقى جناية المولى على مكاتبه عمدا لا توجب القود لاجل الشبهة ولو قتل المكاتب مولاه عمدا يجب القود (وان كاتبه) أى وان كاتب رجل عبده (على خمر أو خنزير أو) كاتبه على (قيمته) أى قيمة نفسه أى نفس العبد (أو) كاتبه على (عين لغيره أو) كاتبه على (مائة) دينار (ليرد سيده) عليه (وصيفا فسد) عقد الكتابة فى هذه الصور كلها أما الكتابة على خمر وخنزير فلانه ليس بمال فى حق المسلم فلا يصلح عوضا فينفسد وأما اذا كاتبه على قيمة نفسه فلانها مجهولة القدر ثم اذا أدى قيمته عتق لانها هى البدل وأما اذا كاتبه على عين غيره فلعدم القدرة على تسليمه والمراد به شئ يتعين فى التعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على دراهم أو دنانير بعينها وهى لغيره يجوز وعن أبى حنيفة رضى الله عنه أنها على عين الغير جائزة حتى لو ملكها العبد وسلمها الى المولى عتق وان عجز رد فى الرق وأما اذا كاتبه على مائة دينار فالمذكور هنا قولهما وقال أبو يوسف تجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما أصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقى لان كلما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه منه وتجوز الكتابة على وصيف فكذا يجوز استثناؤه ولهما أن بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف ولانه عقد مشتمل على بيع وكتابة فيبطل بجهالة الثمن والمثمن (فان أدى) المكاتب (الخمر عتق) وان كان فاسدا فيعتق بالاداء وقال زفر لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان

البدل فى الكتابة الفاسدة هو القيمة وعن أبى يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبى حنيفة ومحمد أنه يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها الى فأنت حر باعتبار أنه معلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتب على ميتة أودم فانه لا يعتق الا فى صورة التعليق وفى ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر وكذا الخنزير لانهما مال فى الجملة وان لم يكن لهما قيمة فى حق المسلمين وأما الميتة والدم فليسا بمال أصلا عند أحد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحا (وسعى) المكاتب (فى قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد ولكن تعذر بالعتق فيجب عليه رد قيمته (ولم تنقص) قيمته (من المسمى) لانه عقد فاسد فتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت (وزيد عليه) أى على المسمى اذا زادت قيمته لانه يرضى بالزيادة لينال شرف الحرية فيزاد عليه عند ازدياد القيمة على المسمى (وصح) عقد الكتابة (على حيوان غير موصوف) اذا بين جنسه وأجمل نوعه ووصفه كالعبد والوصف ينصرف الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة لان الوسط لا يعلم الا بها وقال الشافعى لا يجوز هذا العقد للجهالة ولنا أن ابن عمر رضى الله عنهما أجاز الكتابة على وصيف (أو) كاتب (كافر عبده الكافر على خمر) صح هذا أيضا لان الخمر مال عندهم واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا ويجب فيه القيمة (وأى) الاثنين من المولى والعبد (أسلم فله) أى فللمولى (قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها (وعتق) العبد المذكور (بقبضها) أى بقبض المولى قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لاحدهما يوجب سلامة العوض الآخر للآخر وان أدى الخمر عتق أيضا لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء الخمر اذ هى المذكورة فى العقد كذا فى شرح الجامع الصغير للنيسابورى وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (ما يجوز للمكاتب أن يفعله) وما لا يجوز

(للمكاتب البيع والشراء والسفر) لانه لا يقدر على تحصيل البدل الا بها وقوله (وان شرط) المولى (أن لا يخرج) المكاتب (من المصر) متصل بما قبله أى له أن يسافر وان شرط عليه المولى أن لا يخرج من البلد لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة وعند مالك والشافعى فى قول لا يسافر الا باذن (و) للمكاتب أيضا (تزويج أمته) لانه من باب الاكتساب وليس له تزويج عبده ولا تزويج المكاتبة نفسها لقيام ملك المولى فيها (و) للمكاتب أيضا (كتابة عبده) وقال زفر ليس له ذلك وهو القياس وبه قال الشافعى وأحمد ولنا انه كالبيع بل هو أنفع منه فاذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة (والولاء له) أى للمكاتب (ان أدى) الثانى الكتابة (بعد عتقه) أى بعد عتق الاول (والا) أى وان لم يؤد المكاتب الثانى المال الى المكاتب الاول بعد عتق الاول بل أداه قبل أن يعتق كان الولاء (لسيده) لا للمكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم أهلية الاعتاق فيخلفه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه ولو أدى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء فى ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الاصل وهى الام (لا) يجوز للمكاتب (التزوج بلا اذن) من المولى لانه ليس من الاكتساب ويجوز باذنه لان الحجر

لاجله

لاجله فاذا أذن جاز (و) لايجوز له (الهبة والتصدق) أيضا لانهما تبرع (الا يسير) منهما لانه من ضرورات التجارة ولايهب بعوض أيضا لانه تبرع ابتداء (و) لايجوز له أيضا (التكفل) سواء كان فى المال أو فى النفس وبامر وغيره لانه تبرع محض (و) لايجوز له أيضا (الاقراض) لانه تبرع (و) لايجوز له أيضا (اعتاق عبده ولو) كان اعتاقه (بمال) لانه ليس بأهل له (و) كذا لايجوز له (بيع) العبد (من نفسه) لانه اعتاق (و) لايجوز له أيضا (تزويج عبده) لانه نقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة بخلاف تزويج الامة كما ذكرنا (والاب والوصى فى رقيق الصغير) الذى تحت حجرهما (كالمكاتب) فى التصرفات المذكورة لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملكه من تزويج الامة وكتابة مملوك الصغير (ولا يملك مضارب وشريك شيأ منه) أى من الامر المذكور لانهما لايملكان الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وكذلك حكم المأذون له وقال أبو يوسف يملكون تزويج الامة وقدمنا الكلام فيه (ولو اشترى) المكاتب (اباه أو ابنه تكاتب عليه) يعنى دخل فى كتابته لانه من أهل ان يكاتب فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان وذكر الاب والابن اتفاقى لان الحكم لايختص بهما بل بجميع من له قرابة الولاد فانهم يدخلون فى كتابته تبعا له وأقواهم دخولا الولد المولود فى الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعلى هذا يتفاوتون فى الاحكام فان الولد المولود فى الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه حتى اذا مات أبوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم أبيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا يرد فى الرق والوالدان يردان فى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا (ولو اشترى) المكاتب (أخاه ونحوه) مثل ابن أخيه وعمه وابن عمه (لا) يتكاتب عليه عند أبى حنيفة فيجوز له بيعه وقالا يتكاتب عليه فلا يجوز بيعه اعتبارا بقرابة الولاد وله أن العتق والكتابة مبنيان على الملك ولا ملك للمكاتب فى كسبه الا فيما يقربه الى المقصود وعند الثلاثة لو اشترى بلا اذن السيد لا يتكاتب ولا يصح شراؤه وبالاذن يصح (ولو اشترى) المكاتب (ام ولده معه) أى مع ولده منها (لم يجز بيعها) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعها لما ذكر فتتبعه أمه فيه فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ولا تدخل فى كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له أن يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير أنه ليس لها أن تبيعه كيفما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند أبى حنيفة خلافا لهما (وان ولد له) أى للمكاتب (ولد من أمته تكاتب عليه) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه فى الكتابة (وكسبه) أى كسب الولد (له) أى للمكاتب لانه فى حكم مملوكه فكان كسبه له وكذا المكاتبة اذا ولدت ولدا فالحكم كما سبق (وان زوج) المكاتب (امته) من (عبده فكاتبهما) أى فكاتب المكاتب العبد والامة جميعا (فولدت) الامة (دخل الولد فى كتابتها) أى فى كتابة الامة الام (وكسبه) أى كسب الولد (لها) أى للامة لان الولد يتبع الام فى الاوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها وكانت هى أحق بكسبه من المولى لانه جزؤها ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب (مكاتب او عبد) (مأذون) له فى التجارة (نكح) يعنى تزوج (باذن) من المولى امرأة (حرة بزعمها) أى بزعم المرأة (فولدت فاستحقت فولدها عبد) يعنى رقيق فليس له أن يأخذه بالقيمة عندهما وقال محمد ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق فى الحال اذا

قوله بيعها كذا بخط المؤلف والصواب بيعه اه من هامش

قوله من أمته كذا فى نسخ المتن وليس فى خط الشارح اه من هامش

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق اذا كانت هى الغارّة له لانه اعتمد على قولها فصار مغرورا كالحرّ فتكون أولاده أحرارا بالقيمة ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الامّ فى الرق والحرية وتركنا هذا فى الحرّ باجماع الصحابة رضى الله عنهم (وان وطئ) المكاتب (امة) مملوكة له (بشراء فاستحقت) الامة (او) وطئ أمة مملوكة له (بشراء فاسد فردّت) الامة يعنى ردّها بحكم الفساد على البائع (فالعقر) واجب عليه (فى المكاتبة) يعنى فى حال الكتابة قبل العتق فى الصورتين جميعا (ولو) وطئ المكاتب الامة (بنكاح) بأن تزوجها بغير اذن المولى (اخذ به) أى بالعقر (مذ عتق) يعنى وقت العتق أراد به بعد العتق والفرق أن فى الوجهين الاوّلين ظهر الدين فى حق المولى لانّ التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر من توابعها وفى الوجه الثالث لم يظهر لانّ النكاح ليس من الاكتساب فى شئ فلا تنتظمه الكتابة فلا يظهر فى حق المولى

* هذا (فصل) فى كتابة المدبر وأمّ الولد وغيرهما (ولدت مكاتبة من سيدها) فلها الخيار ان شاءت (مضت على كتابتها او) ان شاءت (عجزت) نفسها (وهى امّ ولده) لانه تلقاها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج الى تصديقها لانها مملوكة له رقبة واذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها لانها أحق باكسابها فاذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة وان ماتت وتركت مالا تؤدّى كتابتها منه وما بقى ميراث لولدها لثبوت عتقها فى آخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حرّ وان ولدت ولدا آخر لم يثبت نسبه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك فى مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر أمّهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثانى وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد فى بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية (وان كاتب) شخص (امّ ولده او مدبره صح) ما فعله من الكتابة لقيام الملك فيهما وان كانت أم الولد غير متقوّمة عند أبى حنيفة (وعتقت) أم الولد المكاتبة عتقا (مجانا) يعنى بغير شئ يلزمها (بموته) أى بموت المولى وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب أمومية الولد ويسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا أعتقها المولى فى حال حياته (وسعى المدبر) المكاتب بعد موت المولى (فى ثلثى قيمته) ان شاء (او) سعى فى (كل البدل) أى فى جميع بدل الكتابة (بموته) أى بموت المولى حال كونه (فقيرا) أراد أنّ المولى لم يترك شيأ غيره هذا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يسعى فى الاقل منهما وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى الموضعين فى الخيار والمقدار وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار وأما الكلام فى الخيار فمبنى على تجزئ الاعتاق وعدمه فعنده لما كان متجزئا بقى ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه بطلت الكتابة وبطل الاجل ووجب عليه أحد المالين فيختار الاقل فلا معنى للتخيير وأما فى المقدار فلمحمد أنه قابل البدل بالكل وقد سلم له الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثى رقبته فلا يسقط منه

شئ

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

شئ (وان دبر مكاتبه صح) التدبير لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت (فان عجز) عن الكتابة (بقى) حال كونه (مدبرا) لوجود السبب الموجب له (والا) أى وان لم يعجز (سعى فى ثلثى قيمته) ان شاء (او) سعى فى (ثلثى البدل) أى بدل الكتابة وذلك (بموته) اى بموت المولى حال كونه (معسرا) هذا عند أبى حنيفة وقالا يسعى فى الاقل منهما فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزئ الاعتاق وعدم تجزئه أما المقدار ههنا فمتفق عليه (وان اعتق) المولى (مكاتبه عتق) لقيام الملك فيه (وسقط البدل) أى بدل الكتابة لانه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه (وان كاتبه) أى وان كاتب المولى عبده (على الف مؤجل فصالحه على نصف) ألف (حال صح) الصلح والقياس أن لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا وجه الاستحسان أنه شرع مع المنافى اذ الاصل أن لا يجرى هذا العقد بين المولى وعبده اذ العبد وما فى يده لمولاه والاجل أيضا ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر (مات مريض) وهو الذى قد كان (كاتب عبده على الفين الى سنة و) الحال ان (قيمته) أى قيمة العبد (الف) درهم (ولم تجز الورثة) ذلك ولا مال له غيره (ادى) المكاتب (ثلثى البدل) وهو الالفان أداء (حالا و) أدى (الباقى الى أجله) أى عند انتهاء أجله (اورد) الى حالته الاولى (رقيقا) عندهما وعند محمد يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى أجله أو يرد رقيقا الان ما زاد على قيمته ملك المولى مؤجلا وقيمته ملكه حالا فنفذ فى ثلث هذا وتعجل فى ثلثيه ولهما ان بدل الكتابة قائم مقام الرقبة فينفذ فى ثلثه (وان كاتبه على الف الى سنة و) الحال ان (قيمته الفان ولم يجيزوا) أى الورثة (ادى ثلثى القيمة) أداء (حالا اورد) الى حالته الاولى (رقيقا) بالاجماع لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما (حر كاتب عن عبد) بأن قال لمولاه كاتب عبدك فلانا (بالف) درهم على انى ان أديت لك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط (وادى) الحر الالف (عتق) العبد بحكم الشرط (فان قبل العبد) هذا الامر بعد ما بلغه (فهو مكاتب) لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على انى ان أديت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفى الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق باداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف فى لزوم الالف العبد وقيل هى هذه صورة مسئلة الكتاب ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع (وان كاتب) المولى العبد (الحاضر) (و) العبد (الغائب) بأن قال الحاضر لمولاه كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب عند آخر لمولاه (وقبل) العبد (الحاضر) هذه الكتابة (صح) أى الكتابة والتذكير باعتبار العقد والقياس أن لا يجوز الا عن نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر باضافته العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم شئ من البدل فاذا كان كذلك ينفرد به الحاضر ويستغنى عن شرط رضا الغائب ويطالب الحاضر بكل البدل لان كله عليه دون الغائب ولا يعتبر اجازة الغائب ولا رده ولا يؤاخذ بالبدل ولا بشئ منه ولو اكتسب شيأ ليس للمولى أن يأخذه من يده وليس له أن يبيعه من غيره لانه مكاتب تبعا ولو أبرأه المولى أو وهبه له عتقا جميعا ولو أعتق الغائب سقط

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

عن الحاضر حصته من البدل فلو أعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدي الغائب حصته حالا او الارد في الرق (واي) أي أي واحد من الاثنين وهما الحاضر والغائب (ادى) بدل الكتابة (عتقا) أي الحاضر والغائب جميعا لوجود شرط عتقهما وهو اداء بدل الكتابة ويجبر المولى على القبول (ولا يرجع) المؤدي منهما (على صاحبه) بما أدى الى المولى من بدل الكتابة أما الحاضر فلانه قضى دينا عليه وأما الغائب فلانه ادى بغير أمره (ولا يؤخذ) العبد (الغائب بشيء) من بدل الكتابة لانه لا دين عليه اذ لم يلتزم شيأ وانما دخل في الكتابة تبعا كما ذكرنا (وقبوله) أي قبول الغائب الكتابة (لغو) لا يعتبر وكذا رده اياها كما ذكرنا (وان كاتبت) أي الامة (عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح) عقد هذه الكتابة استحسانا والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجههما في المسئلة السابقة (واي) واحد من الثلاثة وهم الام والابنان (ادى) بدل الكتابة (لم يرجع) على صاحبه ويجبر المولى على القبول وقبول الابنين الكتابة وردهما لا يعتبر ولو أعتق المولى الام بقي عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤديانه في الحال ويطالب المولى الام بالبدل دونهما ولو أعتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقي على نجومها ولو اكتسبا شيأ ليس للمولى أخذه ولا له أن يبيعهما ولو أبراهما عن الدين أو وهبهما لا يصح ولها يصح فتعتق ويعتقان معها والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (كتابة العبد المشترك) بين اثنين

(عبد) مملوك (لهما) أي لاثنين (اذن أحدهما صاحبه ان يكاتب حظه) أي نصيبه (بألف) درهم (و) ان (يقبض بدل الكتابة فكاتب) الشريك المأذون له (وقبض بعضه) أي بعض الالف (فعجز) المكاتب (فالمقبوض) من بدل الكتابة (للقابض) عند أبي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده وعندهما لا تتجزأ فاذا كان كذلك فانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزئ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما كله وكان للساكت أن يفسخ بالاجماع قبل أن يؤدي بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه ولو أدى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند أبي حنيفة لان العتق يتجزأ عنده وللساكت أن يأخذ من الذي كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة ثم ينظر ان كاتب كله بألف لم يرجع على المكاتب بشيء مما أخذه منه شريكه وان كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذه شريكه وعندهما بالاداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه ان كان موسرا والا فعلى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف ما بقي من الاكساب لانه كسب عبد مشترك (امة) مشتركة (بينهما) أي بين الاثنين (كاتباها فوطئها احدهما) أي أحد الشريكين (فولدت) أي الامة (فادعاه) أي ادعى الواطئ الولد (ثم وطئ) الامة الشريك الآخر (فولدت) الامة ولدا منه (فادعاه) أي الواطئ الثاني صحت دعوته لقيام

ملكه ظاهرا (فعجزت) الامة عن الكتابة بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن فاذا كان كذلك (فهي ام ولد للاول) أي للواطئ الاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (وضمن) الاول (لشريكه) وهو الواطئ الثاني (نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (و) يضمن (نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (وضمن شريكه) وهو الواطئ الثاني للواطئ الاول (عقرها) أي عقر الامة كاملا (و) يضمن (قيمة الولد) أيضا (وهو) أي الولد (ابنه) أي ابن الواطئ الثاني لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ولكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وهذا كله عند أبي حنيفة وعندهما هي أم ولد للاول وهي مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند أبي يوسف وعند محمد الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الاخير من الآخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تجزئ استيلاد المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاد المدبرة يتجزأ بالاجماع (وأي) واحد من الشريكين (دفع العقر الى المكاتبة صح) دفعه لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها (وان دبر) الشريك (الثاني) الامة المذكورة (ولم يطأها) أي الامة (فعجزت) عن الكتابة (بطل التدبير وهي) أي الامة (ام ولد للاول) بالاجماع أما عندهما فلان المستولد تملكها قبل العجز وأما عنده فلانه بالعجز ظهر ان كلها أم ولد للاول وان الثاني لم يكن له فيها ملك والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة فكذا هنا وهي أم ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد للامكان (وضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا (و) ضمن (نصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه (والولد) يكون (للاول) لان دعواه قد صحت وهذا كله بالاجماع (وان كاتباها) أي وان كاتب الشريكان الامة (حرر احدهما) أي أعتق أحدهما حال كونه (موسرا فعجزت) عن الكتابة (ضمن) المعتق (لشريكه نصف قيمتها) اى قيمة الامة (ورجع) المعتق (به) أي بنصف القيمة الذي ضمنه لشريكه (عليها) أي على الامة عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا وأصله ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال عندهما وانفسخت الكتابة ثم الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ولا يرجع المعتق عليها ومن أصل أبي حنيفة أن العتق يتجزأ لجاز اعتاق نصف المكاتبة ولا يؤثر الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما أوجبته الكتابة فلا يظهر ما دامت مكاتبة فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر أثر العتق فيها فكان للساكت الخيارات المذكورة في الاعتاق وهي ان كان المعتق موسرا فله أن يعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن المعتق فاذا ضمن المعتق كان له أن يرجع على العبد المعتق وان كان المعتق معسرا كان له خيار العتق أو الاستسعاء فافهم (عبد) مملوك (لهما) أي للاثنين (دبره احدهما

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

ثم أعتقه) الشريك (الآخر) حال كونه (موسرا للمدبر) بكسر الباء وهو الشريك الذي دبر العبد (ان يضمن المعتق نصف قيمته) أي قيمة العبد وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتقه (وان حرره) أي وان أعتق العبد (أحدهما) أي أحد الشريكين (ثم دبره) الشريك (الآخر لا يضمن المعتق) وله أن يستسعى العبد أو يعتق عند أبي حنيفة بناء على تجزئ التدبير وعندهما اذا دبره أحدهما فاعتاق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان أعتقه أحدهما أولا فتدبير الآخر باطل فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما ثم قيمة المدبر قيل تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن

هذا (باب) في بيان أحكام (عجز المكاتب وموته وموت المولى)

(مكاتب عجز عن) أداء (نجم) وهو قسط شهر مثلا (وله) أي للمكاتب (مال سيصل) اليه بأن يكون له عند الناس شئ من بقية المعاملات (لم يعجزه الحاكم) في الحال بل يمهله (الى ثلاثة أيام) لانها مدة مضروبة لابلاء الاعذار ولا يزاد على ذلك وعند مالك مدة الامهال تفوض الى رأى الامام وعند الشافعي وأحمد لو كان له مال على غائب مدة السفر لا يؤخره وفيما دونه يؤخره الى أن يحضر (والا) أي وان لم يكن له مال سيصل اليه في ثلاثة أيام (عجزه) الحاكم (وفسخها) أي الكتابة (او) فسخها (سيده برضاه) أي برضا المكاتب وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا المكاتب والذي ذكر من مدة الامهال هو عندهما وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق والاثر فيما لا يدرك كالخبر ولهما ماروى عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده في الرق وخبر على رضي الله عنه ليس فيه نفي ماذكرنا (و) اذا عجز المكاتب (عاد) اليه (احكام الرق) لان فك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد (وما) أي الذي (في يده) أي في يد المكاتب الذي عجز (لسيده) لانه كسب عبده (وان مات) المكاتب (و) الحال أنه (له مال لم تفسخ) الكتابة (وتؤدى كتابته من ماله وحكم بعتقه في آخر) جزء من أجزاء (حياته) وكذا يحكم بعتق أولاده ومايبقى من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وبه أخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وماترك فهو لمولاه وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وان ترك) المكاتب (ولدا ولد في كتابته لا وفاء) أي لم يترك وفاء يعني مالا ولم يترك سوى ولده فانه (يسعى كأبيه) أي كما كان يسعى أبوه (على نجومه) المقسطة (فاذا أدى) الابن الكتابة (حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته) يعني في آخر جزء من أجزاء حياته وانما يعتق الابن لانه داخل في كتابة أبيه فيعتق بعتقه (ولو ترك) المكاتب (ولدا مشترى) بأن كان اشتراه في كتابته ومات فانه (عجل البدل) أي يعطي بدل الكتابة (حالا أو رد) الى حاله (رقيقا) ان لم يعجل عند أبي حنيفة لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا أدى في الحال فقد ظهر أن أباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا وقالا هو كالمولود في الكتابة وبه قال مالك رحمه الله (وان اشترى) المكاتب (ابنه فمات وترك وفاء ورثه

ابنه)

ابنه) لانه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته فتبعه ولده فى ذلك الوقت فيكونان حرين فيظهر أنه مات حرا عن ابن حر (وكذا) الحكم فى ميراث الابن (لو كان هو) أى المكاتب (وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق أحدهما فى وقت حكم بعتق الآخر فى ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد فيصير حرا مات عن ابن حر (ولو ترك المكاتب (ولدا من) امرأة (حرة و) ترك (دينا فيه) أى فى الدين (وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به) أى بما جنى (على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما تقرر حكمه لا يكون تعجيزا (وان اختصم موالى الام والاب فى ولائه) أى فى ولاء ولد المكاتب (فقضى به) أى قضى القاضى بولائه (لموالى الام فهو) أى فقضاؤه بذلك (قضاء بالعجز) أى بعجز المكاتب لان هذا اختلاف فى الولاء مقصود وذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فاديت الكتابة أو عن ولد فاداها وأما اذا مات لا عن وفاء أو لا عن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا يقبل منه وقال أبو الليث لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى آخر حياته (وما ادى المكاتب من الصدقات) الى مولاه (وعجز طاب لسيده) لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فان المولى يتملكه عوضا عن العين والعبد يتملكه صدقة وكذا الفقير اذا استغنى طاب له ما أخذه من الزكاة حال الفقر وكذا ابن السبيل اذا أخذ الصدقة ثم وصل الى ماله وفى يده الصدقة تحل له ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى يطيب للمولى عند محمد خلافا لابى يوسف (وان جنى عبد) على أحد بجناية (فكاتبه سيده) حال كونه (جاهلا بها) اى بالجناية (فعجز) العبد عن الكتابة فالمولى بالخيار ان شاء (دفع) العبد بالجناية (او) ان شاء (فدى) العبد بالارش لانه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالمكاتبة من غير علم وامتنع الدفع فاذا عجز زال المانع فيخير (وكذا) الحكم (ان جنى مكاتب ولم يقض به) أى بموجب الجناية (فعجز) عن الكتابة يخير المولى أيضا بين الدفع والفداء لانه بالعجز صار قنا وحكم جناية القن هذا (فان قضى به) أى بموجب الجناية (عليه) أى على المكاتب (فى) حال (كتابته فعجز) عن الكتابة (فهو) أى موجب الجناية (دين) عليه (يباع فيه) عندهما لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وقال أبو يوسف يجب عليه قيمته ولا يباع وبه قال زفر لوجود المانع من الدفع وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يكون موجبه القيمة ولا يتغير (وان مات السيد لم تفسخ الكتابة) لانها حق العبد فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وأمومية الولد (ويؤدى) المكاتب (المال الى ورثته) أى الى ورثة سيده (على نجومه) لان النجوم حقه لانه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل فى الدين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله الا من الثلث (وان حرروه) أى وان حرر الورثة المكاتب (عتق) عتقا (مجانا) وان كان القياس

أن لا يعتق لعدم ملكهم ولكن يجعل هذا ابراء منهم عن بدل الكتابة فانه حقهم فاذا برئ عتق (وان حرّر البعض) أى بعض الورثة بأن أعتقه بعضهم (لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولا يمكن أن يجعل ابراء ولا اقرارا بالاستيفاء لان ابراء البعض أو استيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته فبطل المقتضى وهو الاعتاق ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضى للابراء بطل المقتضى أيضا بخلاف اعتاق الجميع كما تقدم والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الولاء)

هو بفتح الواو مشتق من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة لان فى ولاء العتاقة والموالاة تناصرا ومحبة أو من الولى وهو القرب وهى قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة وهى المتابعة لان فى ولاء العتاقة ارثا والى وجود الشرط وكذا فى ولاء الموالاة وفى الشرع هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة ومن آثاره الارث والعقل (الولاء لمن اعتق) وهو لفظ الحديث أخرجه الائمة الستة عن عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق (ولو) كان العتق (بتدبير) بان دبر عبده فمات وعتق من ثلثه (وكتابة) بأن كاتب عبده وأدى بدل الكتابة فعتق (واستيلاد) بأن استولد جارية ومات عتقت من جميع ماله (وملك قريب) بأن ملك أبا أو ابنه بشراء أو هبة أو وصية أو نحو ذلك فعتق عليه وذلك لاطلاق الحديث والمرأة كالرجل فى جميع ما ذكرنا لقوله عليه الصلاة والسلام ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن الحديث ولو أعتق فى دار الحرب وخلاه لا ولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه خلافا لابى يوسف (وشرط السائبة لغو) بأن أعتق عبده بشرط أن لا يرثه كان الشرط لغوا لانه مخالف للشرع فيرثه كما فى النسب اذا شرط أن لا يرثه وعند أحمد شرط السائبة صحيح (ولو أعتق) رجل أمة (حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الام أبدا) لان الجنين عتق بعتق أمه وعتقت أمه مقصودا فكذا هو يعتق مقصودا لانه جزء الام والمولى أوقع العتق على جميع أجزائها مقصودا والولاء لا ينتقل عن المعتق لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لاقل من ستة أشهر من وقت العتق ليتيقننا وقت العلوق (فان ولدت) الامة بعد عتقها (لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الام) لان الولد جزؤها فيتبعها فى الصفات الشرعية ألا ترى أنه يتبعها فى الرقية والحرية فكذا فى الولاء (فان عتق العبد) وهو الاب (جرّ ولاء ابنه الى مواليه) لان مولى الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولاء تبعا للام لتعذر نسبته الى الاب فاذا عتق الاب أمكن نسبته اليه فجعله تبعا له أولى من جعله تبعا للام فكذا الولاء فينتقل الى موالى الاب وولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا أكذب نفسه ينتقل الى الاب هذا اذا لم تكن معتدة وان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالى الاب والاصل فى ثبوت جر الولاء أنه مروى عن على وعمر وعبد الله وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ولا يعرف لهم مخالف (عجمى) أى رجل نسبته الى غير العرب (تزوج معتقة فولدت)

منه

منه (فولاء ولدها لمواليها) أى لموالى المعتقة (وان كان له) أى للاب (ولاء الموالاة) أى ولاء المعاقدة عندهما وعند أبى يوسف حكم الولد حكم أبيه فى الوجهين أى فيما اذا والى أحدا ولم يوال ولا يكون ولاء الولد لموالى الام لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام أشرف لكونه أقوى فكذا الولاء ولهما ان ولاء العتاقة قوى يعتبر فى حق ترتب الاحكام ألا ترى أنه يترتب عليه الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف * صورة ولاء الموالاة أن يكون الاب كافرا فأسلم فتزوج بمعتقة ثم والى رجلا فان ولاء الولد الى الام وعند أبى يوسف لمولى الاب وانما لم يذكر العرب كما قال القدورى ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب لان الخلاف واقع فى مطلق الحقيقة وقيد القدورى بالعرب اتفاقى وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة أو غيرها من ذوى الارحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما وعند أبى يوسف يكون لذوى الارحام (والمعتق) بكسر التاء (مقدم على ذوى الارحام) وهو جمع ذى الرحم وهو كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبة كاولاد البنات وأولاد بنات الابن والاجداد الساقطين والجدات الساقطات وأولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنى الاخوة لام والاعمام لام والعمات والاخوال والخالات على ماعرف فى موضعه (مؤخر عن العصبة النسبية) وهو كل من يأخذ ما أبقته أصحاب الفرائض وعند الانفراد يأخذ المال كالابن وابن الابن والاب والجد والعم وابن العم وهو قول على رضى الله عنه وبه أخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول انه مؤخر عن ذوى الارحام وبه أخذ ابراهيم النخعى (فان مات المولى ثم مات المعتق) بفتح التاء (فميراثه) أى ميراث المعتق (لاقرب عصبة المولى) يقدم الاقرب فالاقرب حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لانه أقرب فى العصوبة وفى الاول خلاف أبى يوسف فانه يعطى للاب السدس والباقى للابن وفى الثانى خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لانه من قوم أبيها وجناية معتقها كجنايتها فيكون عليهم (وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن) قال صاحب الهداية بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم وفى آخره أو جر ولاء معتقهن قلت هذا حديث منكر لا أصل له وانما المروى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم ما أخرج البيهقى عن على وابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهم انهم لا يورثون النساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وأخرج ابن أبى شيبة فى مصنفه عن على وعمر وزيد رضى الله عنهم انهم كانوا لا يورثون النساء من الولاء الا ما أعتقن وأخرج عبد الرزاق فى مصنفه أنبأنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن على بن أبى طالب رضى الله عنه لا ترث النساء من الولاء الا ما كاتبن أو أعتقن

* هذا (فصل) فى بيان ولاء المعاقدة (أسلم رجل على يد رجل ووالاه) بان قال أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت فيقبل الآخر فذلك عقد صحيح وأشار اليه بقوله (على أن يرثه) أى الرجل اذا مات هو (و) ان (يعقل) الرجل (عنه) أى عن الذى أسلم على يده أى يؤدى الجناية عنه اذا جنى (أو) أسلم (على يد غيره) أى غير الرجل المذكور (ووالاه) أى الرجل

المذكور معناه انه أسلم على يد رجل ووالى غيره (صح) هذا الفعل (و) اذا صح يكون (عقله) أى جنايته (على مولاه) الذى أسلم على يده ووالاه أو الذى والاه وكان قد أسلم على يد غيره (وارثه) أى ميراثه (له) أى للذى والاه اذا مات (ان لم يكن له) أى للذى والى غيره (وارث) من النسب (وهو) أى القابل للموالاة (آخر ذوى الارحام) معناه انه مؤخر عنهم لان ذوى الارحام يورثون بالقرابة وهى أقوى وآكد من الولاء لانها لا تقبل النقض والولاء يقبله بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لانهما بعد الموت كالاجانب ولهذا لا يرد عليهما فاذا أخذا حقهما صار الباقى خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة وعند الثلاثة لا اعتبار بهذا الولاء أصلا لان سبب الارث الفرض أو التعصيب ولهذا الميراث لذوى الارحام ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فأوجب نقل الميراث بالمعاقدة ولهذا لا يكون الا بالموالاة ثم شرط صحة هذه الموالاة أن يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك فلا بد من ذكره فى العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى ومن شرطه أن يكون مجهول النسب وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وأن يكون حرا عاقلا بالغا ويدخل فيه أولاده ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير أو العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى وعند البعض لا يشترط أن يكون مجهول النسب ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا لان تناصر العرب بالقبائل فأغنى عن الموالاة وكونه أسلم على يده ليس بشرط لصحة هذا العقد كما ذكرناه (وله) أى للموالى (ان ينتقل عنه) أى عن الذى قبل الموالاة (الى غيره بمحضر من الآخر مالم يعقل) القابل (عنه) لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بعلم صاحبه وان كان الآخر غائبا الا بعلمه فسخه وان كان غير لازم لان العقد تم بهما كما فى الشركة والمضاربة والوكالة وأما اذا عقل عنه فليس له أن يتحول الى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل منهما أن يتحول الى غيره لانهما كشخص واحد فى حكم الولاء (وليس للمعتق) بفتح التاء (أن يوالى أحدا) لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض والارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة الا ترى ان شخصا لو مات وترك مولى أعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق (ولو والت امرأة) رجلا بشروطها (فولدت) ولدا لا يعرف له أب (تبعها) أى تبع الولد أمه (فيه) أى فى عقد الموالاة فيصيران مولى فلان وكذا لو أقرت انها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له أب صح اقرارها على نفسها وتبعها ولدها وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يتبعها ولدها فى الصورتين لان الام لا ولاية لها فى ماله فلان لا يكون لها فى نفسه أولى وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض فى حق الصغير الذى لم يدر له أب فتملكه الام كقبول الهبة والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاكراه)

هو فى اللغة الاجبار وفى الشرع (هو) أى الاكراه (فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به) أى بسبب هذا الفعل (الرضا) أى رضا ذلك الغير (وشرطه قدرة المكره) بكسر الراء (على تحقق) أى ايجاد (ما هدد) أى خوف (به) سواء (سلطانا كان) المكره (أو لصا و) شرطه أيضا (خوف المكره) بفتح الراء (ووقوع ما هدد) المكره (به) بان غلب على ظنه انه يفعله به فان غلب على ظنه

انه

أنه لا يفعله لم يكن مكرها وما ذكره صاحب المنظومة من قوله

وقال لا اكراه الامن ملك * وحققا من كل عال منهمك

فبناء على اختلاف زمان ولا اختلاف فى الحقيقة (فلو أكره على بيع أو شراء أو اقرار أو اجارة بقتل) بان قال له ان لم تبع هذا العبد مثلا قتلتك أو ان لم تشتر هذا أو ان لم تقر لى بالف مثلا قتلتك أو ان لم تؤجر لى دارك هذه قتلتك (أو) أكره على هذه الاشياء بنحو (ضرب شديد أو حبس مديد) أى طويل (خير) المكره (بين أن يمضى البيع أو يفسخه) يعنى بعد زوال الاكراه لان صحة هذه العقود تعتمد التراضى والاكراه بعدمه فيفوت صحة شرط العقد فيفسد وكذلك الاقرار لانه حجة مرجحة لجانب الصدق على الكذب فاذا أكره احتمل انه كذب فى اقراره دفعا للضرر الاكراه فلا يثبت وقوله بضرب شديد اشارة الى أنه اذا أكره بضرب سوط لم يكن مجبرا وكذلك اذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم (ويثبت به) أى بالبيع ونحوه مكرها (الملك) للمشترى ونحوه (عند القبض) أى قبض المبيع (للفساد) أى لاجل الفساد أى لكونه فاسدا لان مقتضى العقد الفاسد ثبوت الملك عند القبض وقال زفر لا يثبت به الملك لانه بيع موقوف وليس بفاسد الاترى انه لو أجاز بعد زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا ما جاز ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضى وفوات الشرط تأثيره فى فساد العقد لا التوقف وانما نفذ بالاجازة لارتفاع المفسد وهو عدم التراضى فصار كسائر البياعات الفاسدة الا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وان تداولته الايدى بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته باذنه أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول بحق الثانى ومن مشايخ بخارا من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الاسلام وصورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بدين لك على على انى متى قضيت الدين الذى لك على فهو لى فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الثمن ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام أبو شجاع وعلى السغدى والقاضى الامام الحسن الماتريدى فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به وأى شئ أكل من زوائده يضمن ويرده عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لا تلزمه أجرته كالراهن اذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه منهم الامام نجم الدين النسفى وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبره بالهازل وفى الكافى والصحيح ان العقد ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ان ذكرا شرط الفسخ فيه فسد والا فان تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو بلفظ البيع الجائز وعندهما هذا عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد وهذا البيع موجود فى المصر ويسمونه بيع الامانة (وقبض) المكره (الثمن) حال كونه (طوعا) أى طائعا (اجازة) للبيع (كالتسليم) اى كتسليم البائع المكره المبيع حال كونه (طائعا) لان القبض أو التسليم طائعا دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما اذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث

لا يكون اجازة فلو سلم طائعا لان غرض المكره انما هو استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلا في الاكراه والاكراه في البيع يثبت بنفس العقد فلم يكن التسليم فيه داخلا في الاكراه فافترقا (وان هلك المبيع في يد المشترى و) الحال انه (هو غير مكره) بفتح الراء (والبائع مكره) بفتح الراء (ضمن) المشترى (قيمته) أى قيمة المبيع لانه قبضه بعقد فاسد وكان مضمونا عليه بالقيمة (وللمكره) بفتح الراء (أن يضمن المكره) بكسر الراء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يكن آلة له في حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كانه دفع مال البائع الى المشترى فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب لان المكره كالغاصب والمشترى كغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع المكره على المشترى بالقيمة لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستيلاء ولو ضمن المشترى ثبت ملك المشترى فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن ولو كان المشترى باعه من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات الفاسدة نفذ الكل بتضمين الاول وله أن يضمن من شاء من المشترين وجازت البياعات التى بعدها وبطل ما قبله بخلاف ما اذا أجاز المكره أحد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو الثمن من المشترى الاول (و) لو أكره (على أكل لحم خنزير و) أكل (ميتة و) أكل (دم وشرب خمر بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل) اقدامه لان حرمة هذه الاشياء ثابتة بالنص ولا تباح الا عند قيام الضرورة ولا تتحقق الا بأن يخاف على نفسه التلف أو على عضو من أعضائه كما في حال المخمصة ولا يحل ذلك بضرب بالسوط ولا بحبس حتى لو خاف على نفسه بذلك أو على عضو وغلب على ظنه أبيح له الاقدام عليه وقدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطا فان هدده به وسعه وان هدده بأقل من ذلك لم يسعه (وحل) الاقدام لو أكره على الاشياء المذكورة (بقتل) نفسه (أو قطع) عضو من أعضائه (وأثم بصبره) على ما هدد به في هذه الحالة لانها مباحة في هذه الحالة واهلاك النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام واثم وهذا بالاجماع الا رواية عن أبى يوسف وقول للشافعى ورواية عن أحمد لا يأثم واذا لم يعلم الاباحة في هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء وقصد في زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذورا فلا يأثم (و) لو أكره (على) كلمة (الكفر واتلاف مال مسلم بقتل) نفس (وقطع) طرف جاز له الاقدام على ذلك لقوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان وكذلك كل ما ثبت حرمته يرخص له عند الاكراه الملجئ مثل اتلاف مال الغير وافساد الصوم والصلاة والجناية على الاحرام (لا) يرخص (بغيرهما) أى بغير القتل والقطع يعنى اذا أكره على كلمة الكفر واتلاف مال مسلم بغير القتل والقطع بأن أكره بضرب أو قيد أو حبس لا يقدم لانه ليس بملجئ وهذا لا يكون اكراها في شرب الخمر فكيف يكون اكراها في الكفر وهو أعظم وقوله (يرخص) جواب لقوله وعلى الكفر أى لو أكره على الكفر بقتل أو قطع يرخص له الاقدام وقد ذكرناه (ويثاب) المكره في هذه الاشياء (بالصبر) على ما هدد به والكف عما أمر به حتى لو قتل كان مأجورا لان خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء (وللمالك) أى للمالك المال الذى أتلفه المكره (أن

يضمن

يضمن المكره) بكسر الراء لان المكره بالفتح آلة له فيما يصلح آلة (و) لو أكره (على قتل غيره) بقتل مثلا أكره زيد على قتل عمرو (لا يرخص) له فى ذلك لان قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة ما فكذا فى الاكراه (فان قتله اثم) لارتكابه الحرام وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص لان فيه قتل النفس بالضياع لانه يجيء منه ولد وليس له أب فيربيه (ويقتص من المكره) بكسر الراء (فقط) يعنى دون المكره بالفتح عندهما وعند أبى يوسف لا يجب القصاص على واحد منهما لان المكره سبب غير مباشر فلا قصاص عليه ولكنه مضاف اليه باعتبار الحمل عليه فتمكنت الشبهة فلا يجب على المكره أيضا فتجب الدية ولا تحملها العاقلة لانه عمد وقال زفر يجب القصاص على المكره لانه هو المباشر حقيقة وكذا حكما الا على المكره وقال الشافعى يجب القصاص عليهما جميعا لانهما قاتلان فيجب عليهما موجبه وبه قال مالك وأحمد ولهما انه على المكره بالكسر لانه هو القاتل والمكره آلة مثل السيف (و) لو أكره (على اعتاق) عبده (وطلاق) امرأته (ففعل) أى فأعتق عبده أو طلق امرأته (وقع) أى الاعتاق أو الطلاق لان الاكراه لا ينافى الاهلية (ورجع) المكره بالفتح (بقيمته) أى بقيمة العبد على المكره بالكسر سواء كان موسرا أو معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار ولا سعاية على العبد ولا يرجع المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره (ونصف مهرها) أى ورجع أيضا بنصف مهر امرأته التى طلقها بالاكراه (ان لم يطأها) أى ان كان قبل الدخول وكان المهر مسمى فى العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة بخلاف ما اذا كان قد دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق (و) لو أكره (على الردة) وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان (لم تبن زوجته) لانه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكر هو كان القول قوله استحسانا والقياس أن يكون القول قولها فيفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب للبينونة بها فيستوى فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما اذا أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد أحد الركنين وفى الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الحجر)

هو المنع مطلقا أى منع كان ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمى العقل حجرا لانه يمنع من القبائح ومنه قوله تعالى لذى حجر أى عقل وفى الشرع (هو) أى الحجر (منع عن التصرف قولا) أى من حيث القول لان الحجر فى الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمى (لا فعلا) أى لا من حيث الفعل لما قلنا وذلك يكون بأحد الاشياء الثلاثة أشار اليه بقوله (بصغر) أى بسبب صغر فى الصبيان (ورق) فى العبد (وجنون) فى المجانين والرق ليس بسبب للحجر فى الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأى كالحر غير انه وما فى يده ملك المولى فلا يجوز له ان يتصرف لاجل حقه واذا كان كذلك (فلا يصح تصرف صبى وعبد بلا اذن ولى وسيد) أما الصبى فلانه

عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا أذن له
المولى فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة وأما العبد فلان منعه لحق المولى فاذا أذن له فقد زال
فيتصرف بأهليته ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير (ولا) يصح (تصرف
المجنون المغلوب بحال) من الاحوال ولو أجازه الولى لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار
كبيع الطوطى قيد بقوله المغلوب أى المستغرق لانه ان كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو
حال افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته وهو الناقص العقل وقيل هو
المدهوش من غير جنون واختلفوا فى تفسيره اختلافا كثيرا وأحسن ما قيل فيه هو من
كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون (ومن
عقد منهم) أى من هؤلاء المحجورين (و) الحال انه (هو يعقله) أى يعقل العقد بأن يعرف ان
البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح
والزيادة (يجيزه الولى) انشاء (أو يفسخه) لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل أن يكون فى عقده
مصلحة فيجيزه الولى أو المولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبى وعند الثلاثة لا تصح اجازته (وان
أتلفوا) أى هؤلاء (شيأ ضمنوا) لانهم غير محجور عليهم فى الافعال (ولا ينفذ اقرار الصبى
والمجنون) لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون
حتى يفيق وظاهره يقتضى ان لا يتعلق بأقوالهما حكم وكذلك لا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما
(وينفذ اقرار العبد فى حقه لا فى حق سيده فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية) لانه اقرار على غيره
وهو المولى فاذا أعتق زال المانع (ولو أقر) العبد (بحد وقود) أى قصاص (لزمه فى الحال)
لانه مبقى على أصل الحرية فى حقهما (لا) يحجر (بسفه) أى بسبب سفه وهو العمل بخلاف
موجب الشرع واتباع الهوى ومن عادة السفيه التبذير والاسراف فى النفقة والتصرف
لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنى واللعاب
وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن فى التجارات من غير محمدة وأبو حنيفة رضى الله عنه
لا يرى الحجر بسبب السفه وعندهما يحجر عليه بسبب السفه والدين فى تصرفات لا تصح مع
الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه فى غيرها كالطلاق ونحوه وقال
الشافعى رحمه الله يحجر عليه بالكل لهما ان الحجر على الصبى لاحتمال التبذير فلان يحجر على
السفيه مع تيقنه كان أحرى وبه قال مالك وأحمد وله انه مخاطب فلا يحجر عليه كالرشيد ولانه
لا يندفع الضرر عنه بالحجر فانه يقدر على اتلاف ماله بتزويج الاربع وتطليقهن قبل الدخول
وبعده فى كل يوم ووقت ولو كان فى الحجر عليه دفع الضرر العام جاز كالمفتى الماجن
والطبيب الجاهل والمكارى المفلس (فان بلغ) الصبى حال كونه (غير رشيد) وهو فعيل من
الرشد وهو التهدى الى وجوه المصالح (لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ونفذ
تصرفه) أى تصرف الذى بلغ غير رشيد ولم يبلغ خمسا وعشرين سنة (قبله) أى قبل البلوغ الى
خمسة وعشرين سنة (ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة) أى خمسا وعشرين سنة حال كونه (مفسدا)
هذا كله عند أبى حنيفة وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه
فيه أبدا لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم أمر بالدفع ان وجد منه

الرشد

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

الرشد فلا يجوز الدفع اليه قبل وجوده وبه قالت الثلاثة وله قوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم والمراد به بعد البلوغ سمى يتيما لقربه منه وكان أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لانه حال كمال لبه وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه قال ينتهى لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال أهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى انه قد بلغ سنا يتصور ان يصير جدا لان أدنى مدة يبلغ فيها الغلام اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم يبلغ الولد فى اثنتى عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جدا حتى لو بلغ رشيدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله ثم لا يتأتى التفريع على قول أبى حنيفة وانما يتأتى على قول من يرى الحجر فعندهما اذا باع لا ينفذ بيعه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم والارده ولو باع قبل حجر القاضى عليه جاز عند أبى يوسف خلافا لمحمد وان اعتق عبدا عتق عندهما خلافا للشافعى رحمه الله فان عنده الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بالرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شئ من تصرفاته سوى الطلاق كالعبد واذا نفذ عندهما فعلى العبد أن يسعى فى قيمته عند محمد وهو قول أبى يوسف أولا وفى قوله الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية ولو دبر عبده جاز الا أنه لا يجب عليه السعاية مادام المولى حيا وان مات ولم يؤنس منه رشد سعى فى قيمته مدبرا وان جاءت جاريته بولد فادعى ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة أم ولد له ولا تسعى هى ولا ولدها فى شئ بخلاف مالو أعتقها من غير ان يدعى الولد ولو لم يكن معها ولد فقال هذه ام ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت فى كل قيمتها كالمريض اذا قال لامته وليس معها ولد فقال هذه أم ولدى وان تزوج امرأة جاز نكاحه فان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى وكذا لو تزوج أربعا أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها ويخرج الزكاة من مال نفسه وينفق عليه وعلى ولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوى أرحامه من ماله الا ان القاضى يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء أو يبعث معه أمينا كى لا يصرفها الى غير مصرفه ويسلم القاضى النفقة الى أمينه ليصرفها الى مستحقه لانه لا يحتاج فيها الى النية بخلاف الزكاة ولو حلف وحنث أو نذر نذرا من هدى أو صدقة أو ظاهر من امرأته لا يلزمه المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم وان اراد حجة الاسلام لم يمنع ويسلم القاضى النفقة الى ثقة من الحجاج ينفقها عليه فى الطريق بالمعروف ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع ولا يمنع من أن يسوق البدنة تحرزا عن موضع الخلاف وان جنى فى احرامه ينظر ان كان جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن أذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كان جناية لا يجزى فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير فى الحال بل يؤخر الى أن يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذى لا يجد مالا أو العبد المأذون له فى الاحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة تلزمه بدنة ثم يتأخر الى أن يصير مصلحا وان أوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث واذا أوصى بوصايا يستقبحها المصلحون لا تنفذ (وفسق) بالجر عطف على قوله لا بسفه أى لا يحجر أيضا بسبب فسق وقال الشافعى يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه وبه قال مالك واحمد

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

ولنا انه مصلح لماله فيه فيكون الرشد مأنوسا منه فيدفع اليه ماله سواء كان الفسق أصليا أو طارئا (وغفلة) بالجر أيضا أى بسبب غفلة وهو عاقل غير مفسد ولا يقصده ولكنه لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يحجر عليه كالسفيه نظرا له وبه قالت الثلاثة ألا ترى ان أهل منقذ بن عمرو طلبوا من النبى صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه لانه كان يخدع فى البيع فاقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ولو لم يكن الحجر مشروعا لانكر عليهم قلنا الحديث دليل لنا لانه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم الى ذلك وانما قال عليه الصلاة والسلام ان كنت غير تارك للبيع فقل ها وها ولا خلابة وقولهم لم ينكر عليهم قلنا النفى لا يحاط بالعلم ولعله أنكر عليهم الا أنه لم ينقل الينا وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع والحديث أخرجه أحمد والدارقطنى وأبو داود وابن ماجه والترمذى وصححه (و) لا يحجر أيضا بسبب (دين وان طلب غرماؤه) الحجر عليه عند أبى حنيفة لان فى الحجر اهدار أهليته والحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم فى ماله لانه لا حجر عليه وعندهما اذا طلبوا الحجر عليه حجره ومنعه من التصرف والبيع بأقل من ثمن المثل واذا امتنع عن بيع ماله يبيعه ويقسم الثمن بينهم بالحصص وبه قالت الثلاثة (وحبس) أى المديون يعنى حبسه القاضى (ليبيع ماله فى دينه) لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا للظلم وايصالا للحق الى مستحقه (فلو) كان (ماله ودينه دراهم قضى) دينه (بلا أمره) وكذا اذا كان كلاهما دنانير (ولو) كان (دينه دراهم وله) أى للمديون (دنانير او بالعكس) بأن كان دينه دنانير وله دراهم (بيع فى دينه) بالاجماع (ولم يبع عرضه) أى لا يبيع القاضى عرض المديون (و) لا (عقاره) عند ابى حنيفة وعندهما يبيع لكن يبدأ ببيع النقود فان فضل شئ من الدين باع العروض فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار وقيل يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم يبيع العقار فالحاصل ان القاضى نصب ناظرا فينبغى له أن ينظر للمدين كما ينظر للدائن فيبيع ما كان انظر له ويبيع ما يخشى عليه التلف انظر له ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى وقيل يترك له دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفى بدون ذلك فانه يبيع ثيابه فيقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقى مسكنا يكفيه وعن هذا قالوا يبيع ما لا يحتاج اليه فى الحال حتى يبيع اللبد فى الصيف والنطع فى الشتاء وان أقر بمال فى حالة الحجر لزمه ذلك بعد قضاء الديون بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك ولو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضى بعلمه أو بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه وينفق على المدين المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوى أرحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء (و) لا يحجر أيضا بسبب (افلاس) بل يحبس حتى يظهر للقاضى أنه لا مال له فاذا ظهر له ذلك أخرجه من الحبس وقد ذكرنا تمامه فى كتاب القضاء ثم اذا أخرجه منه لا يحول بينه

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه عند أبي حنيفة و يأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص ولا يمنعونه من السفر والتصرف ولا يجلسونه في مكان لانه حبس بل يدور معه حيث شاء ويدورون معه ولو دخل في داره لحاجته قال في الهداية لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة وقال في الزيادات اذا لم يأذن له في الدخول يجلسه على باب الدار ويمنعه من الدخول كي لا يختفي أو يهرب من جانب آخر وقال في النهاية ليس لصاحب الحق أن يمنع الملزوم أن يدخل داره لغائط أو غداء الا اذا أعطى له الغداء أو أعد له موضعا آخر لاجل الغائط فحينئذ له منعه من ذلك حتى لا يهرب وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا أن يقيموا البينة ان له مالا (وان أفلس مبتاع عين) أي مشتري عين يعني اشترى عينا فأفلس والمتاع في يده (فبائعه) أي فبائع العين (اسوة للغرماء) فيه يعني شارك البائع الغرماء أصحاب الديون وقال الشافعي البائع أولى سواء كان قبل القبض أو بعده لحديث سمرة رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به رواه أحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أيما رجل باع سلعة فأدركها عند رجل قد أفلس فهو ماله بين غرمائه أخرجه الدارقطني من غير استفسار فان قلت في اسناده ابن عياش وهو ضعيف وهو مرسل قلت قد وثقه أحمد والمرسل عندنا حجة وقد احتج به الخصاف والرازي واسناده وروى أنه عليه الصلاة والسلام باع من معاذ ماله وقسم بين غرمائه بالحصص حتى لم يبق لمعاذ شئ أخرجه الدارقطني ولم يستفسر هل للبائع سلعة قائمة أم لا وحديث سمرة في اسناده عمر بن ابراهيم قال أبو حاتم لا يحتج به فان قلت أخرج البخاري ومسلم وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من وجد عين ماله عند رجل قد أفلس فهو أحق به ممن سواه قلت أبو هريرة هو الذي روى حديثنا أيضا فاختلفت الرواية وذلك يوجب وهنا في الحديث على ما عرف والله أعلم

هذا (فصل) في بيان حد البلوغ (بلوغ الغلام) بأحد ثلاثة أشياء الاول (بالاحتلام و) الثاني (الاحبال و) الثالث (الانزال) لانها امارات البلوغ وهذا بالاجماع (والا) أي وان لم توجد علامة من هذه العلامات (فحتى يتم) عليه (ثماني عشرة سنة و) بلوغ (الجارية) باحد ثلاثة أشياء أيضا الاول (بالحيض و) الثاني (الاحتلام و) الثالث (الحبل) وهذا بالاجماع أيضا (والا) أي وان لم توجد علامة من هذه العلامات (فحتى يتم عليها سبع عشرة سنة) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله (ويفتى بالبلوغ فيهما) أي في الغلام والجارية (بخمس عشرة سنة) وهذا قولهما وهو قول الثلاثة أيضا لانه المعتاد الغالب وهو أيضا رواية عن أبي حنيفة وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد به أن يطعن في التاسع عشر فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم له ثماني عشرة سنة والا ويطعن في التاسع عشر وقيل فيه اختلاف الرواية حقيقة لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة (وأدنى المدة في حقه) أي في حق الغلام (اثنتا عشرة سنة و) أدنى المدة (في حقها) أي في حق الجارية (تسع سنين) وهذا لا يعرف الا سماعا أو بالتتبع (فان راهقا) أي الغلام والجارية ومعناه اذا قاربا الحلم (وقالا بلغنا صدقا) لانه أمر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

وغيره (وأحكامهما) أى وأحكام المراهقين (أحكام البالغين) فى سائر التصرفات والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المأذون)

هو مفعول من الاذن وهو الاطلاق وهو فك الحجر مطلقا وفى الشرع (الاذن فك الحجر واسقاط الحق) لان العبد أهل للتصرف بعد الرق الا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى فاذا أذن فقد أسقط حقه فكان العبد متصرفا بأهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة (فلا يتوقت) الاذن بزمان ولا مكان (ولا يتخصص) بنوع من التجارة كالمكاتب وقال زفر هو توكيل وانابة فيتقيد بما قيده به المولى وبه قال الشافعى وأحمد وعند مالك لو فى البز يتقيد والا لا (و يثبت) الاذن (بالسكوت) أى بسكوت المولى (ان رأى عبده يبيع ويشترى) ولا فرق فى ذلك بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوى عن أصحابنا انه رضا ويبطل الرهن ولو أمره المولى ببيع متاع غيره يصير مأذونا له ولو رأى عبده فى حانوته يبيع فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان اذنا وعند زفر والشافعى لا يثبت الاذن بسكوت المولى عندما يراه يبيع أو يشترى لانه يحتمل الرضا والسخط فلا يثبت بالشك ولنا أن العادة قد جرت بذلك لاجل دفع ضرر الناس (وان أذن) المولى اذنا (عاما) بان قال له أذنت لك فى التجارة (لا بشراء شئ بعينه) يعنى لم يقيده بشراء شئ بعينه ولا بنوع من التجارة جاز له التصرف فى جميع التجارات (ويبيع ويشترى) لان اللفظ يتناول جميع ألفاظ أنواع التجارات وأما اذا أمره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لتضرر ثم اذا صار مأذونا له فى جميع التجارات له البيع والشراء (ولو) كان (بغبن فاحش) عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز بمحاباة لا يتغابن الناس فى مثله لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصى والقاضى فى مال الصغير وله أنه يتصرف بمالكية نفسه والاذن فك الحجر فيجوز تصرفه كيفما وقع (ويوكل) المأذون بهما أى بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى معين (ويرهن) المأذون (ويسترهن) أى يأخذ الرهن لانهما من توابع التجارة (ويستأجر ويضارب) لانه من باب صنيع التجار (ويؤجر) المأذون نفسه وقال الشافعى ليس له ذلك لان ذلك تصرف فى نفسه فلا ينتظمه الاذن وبه قال مالك وأحمد ولنا ان ذلك من صنيع التجار فينتظمه الاذن (ويقر) المأذون (بدين وغصب ووديعة) لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله أحد وعند الثلاثة يقر بدين معامله فقط حتى لا يسمع فى غيره (ولا يتزوج) المأذون لانه ليس من التجارة (ولا يزوج مملوكه) سواء كان ذكرا أو أنثى عندهما وقال أبو يوسف يجوز تزويج الامة لانه نوع تجارة ولهما أنه مأذون فى التجارة وهذا ليس منه ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبى المأذون له والمضارب وشريك العنان والاب والوصى (ولا يكاتب) عبده لانه ليس من التجارة (ولا يعتق) لانه فوق الكتابة

فكان أولى بالامتناع وان أجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض اليه ان كان العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند أبي حنيفة خلافا لهما (ولا يقرض) لانه تبرع ابتداء فلا يملكه (ولا يهب) لانه تبرع محض وسواء كان بعوض أو بغيره (ويهدى طعاما يسيرا ويضيف من يطعمه) لجريان العادة بذلك بين التجار (ويحط) المأذون (من الثمن) أي ثمن المتاع الذي باعه (بعيب) أي بسبب عيب ظهر فيه لانه من صنيع التجارة وقد يكون الحط انظر اليه من قبول المعيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة (ودينه) أي الدين الذي ركب المأذون (متعلق برقبته يباع به) أي بسبب الدين (ان لم يفده سيده) وقال زفر يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته لان الرقبة لم تدخل في الاذن فلا يتعلق دين التجارة بها بخلاف الكسب لانه دخل في الاذن وبه قال الشافعي ومالك وعن أحمد يتعلق بذمة سيده ولنا أنه ظاهر في حق المولى بسبب الاذن وكل دين يظهر في حقه فهو متعلق بالرقبة لانه لا بد من محل يستوفى منه وأقرب المال اليه نفسه فصار كدين الاستهلاك والجامع دفع ضرر الناس (وقسم ثمنه) أي ثمن العبد بين الغرماء (بالحصص) كما في التركة (وما بقي) من الدين (طولب) أي العبد (به) أي بالذي بقي (بعد عتقه) ولا يطالب به الحال لان دينهم ثابت في ذمته ولم يستوفوا الكل منه لان رقبته لم تف به فبقي دينهم على حاله في ذمته فيستوفونه اذا قدر على ايفائه ولا يقدر الا بعد العتق لانه لا يمكنه بيعه ثانيا ولا استسعاؤه لان المشتري يتضرر ويشترط حضور المولى عند بيع العبد لانه هو الخصم في رقبته (وينحجر) المأذون (بحجره) أي بحجر المولى اياه (ان علم به) أي بالحجر (أكثر اهل سوقه) وقال الشافعي رحمه الله حجره صحيح وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه وبه قال مالك وأحمد وهذا بناء على أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل وان لم يعلم عندهم وعندنا يشترط الا اذا كان في موضع لم يبلغه كدار الحرب ويبقى العبد مأذونا له الى أن يعلم بالحجر كما يبقى الوكيل على وكالته حتى يبلغه العزل (و) ينحجر أيضا (بموت سيده وجنونه ولحوقه) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) علم العبد بذلك أو لم يعلم أما الموت فلانه يزيل الملك وأما الجنون فلانه يزيل الاهلية وأما اللحاق فلانه موت حكما (و) ينحجر أيضا (بالاباق) أي باباق العبد المأذون وقال الشافعي يبقى مأذونا لانه لا ينافي ابتداء الاذن فلا ينافي بقاءه وبه قال زفر ولنا انه حجر بطريق الدلالة لان الرضا انما كان من حيث التمكن من قضاء الدين بكسبه وهذا بخلاف ابتداء الاذن في الآبق لان الصريح يبطل الدلالة (والاستيلاد) بالجر عطف على الاباق أي الامة المأذون بها تنحجر باستيلادها المولى وقال زفر لا تصير محجورا عليها اعتبارا للبقاء بالابتداء فانه يصح أن يأذن لام ولده والبقاء أسهل وبه قالت الثلاثة ولنا أنها صارت بصفة لا يتعلق الدين برقبتها ولا يمكن الاستيفاء منها فبطل الاذن (لا) تنحجر الامة (بالتدبير) يعني اذا دبر الامة المأذون لها وهذا بالاجماع لانعدام دلالة الحجر (وضمن) المولى (بهما) أي بالاستيلاد والتدبير قيمتهما أي قيمة الامة التي استولدها وقيمة الامة التي دبرها بعد الاذن لهما لانه أتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعهما اذ بالبيع يقضى حقهم وعند الثلاثة لا يضمن (فان أقر) المأذون (بما في يده بعد حجره صح) اقراره عند أبي حنيفة سواء أقر بانه أمانة عنده أو غصب أو أقر بدين وقالا لا يصح اقراره وهو القياس لان

المصحح هو الاذن وقد زال وبه قالت الثلاثة وله أن المصحح هو اليد وهي باقية (ولم يملك سيده) أي سيد المأذون (ما في يده) أي ما في يد المأذون (لو أحاط دينه) أي دين المأذون (بماله ورقبته) واذا كان كذلك (فبطل تحريره) أي تحرير السيد (عبدا من كسبه) أي من كسب المأذون لانه أعتق ما لا يملكه هذا عند أبي حنيفة وقالا يملك ما في يده من كسبه وينفذ عتقه في عبده ويغرم قيمته للغرماء وبه قالت الثلاثة (فان لم يحط) الدين برقبته وبما في يده (صح) عتقه بالاجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن (ولم يصح بيعه) أي بيع المأذون من (سيده الا بمثل القيمة) لانه لا تهمة في البيع له بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند أبي حنيفة لانه لا تهمة فيه (وان باع سيده منه) أي من المأذون (بمثل قيمته أو أقل من القيمة) (صح) لان المولى أجنبي عن كسب عبده اذا كان عليه دين والكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق أخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فأفاد (وبطل الثمن) من المأذون (لو سلم) المولى المبيع (قبل قبضه) أي قبل قبض الثمن فلا يطالب العبد بشئ لانه بتسليم المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده شئ فخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فلكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان أحق به من الغرماء اذ ليس هو بدين يجب في ذمة العبد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق به من الغرماء وعن أبي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن (وله) أي للمولى (حبس المبيع بالثمن) أي بسبب الثمن يعني له حبسه حتى يستوفي الثمن لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فبقي ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء بخلاف ما اذا سلم المبيع أولا حيث يسقط لما ذكرنا (وصح اعتاقه) أي اعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق بالدين بالاجماع لقيام ملكه فيه (وضمن قيمته) أي قيمة العبد (للغرماء) أي لاصحاب الديون لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ فأوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء بخلاف ما اذا كان المأذون له مدبرا أو أم ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما للغرماء لان حقهم لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيأ (وطولب) العبد المأذون (بما بقي) من الدين (بعد عتقه) لان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه والمولى لم يتلف الا قدر القيمة فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه وعند مالك والشافعي يؤخذ من كسبه والا طولب بعد عتقه وعن أحمد في رواية في ذمة سيده (وان باعه سيده) أي سيد المأذون (وغيبه) بالغين المعجمة أي غيب العبد (المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته) أي قيمة العبد لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري وانما قيد بقوله وغيبه لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم أن يبطلوا البيع الا أن يقضي المولى ديونهم (فان رد) العبد (عليه) أي على البائع (بعيب) أي بسبب عيب بعد ما ضمنه

الغرماء

الغرماء قيمته (رجع) البائع وهو المولى (بقيمته) على الغرماء (و) كان (حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التى دفعها اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقاً أو بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط وان رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضى اقالة وهى بيع فى حق غيرهما وان فضل شئ من دينهم رجعوا به على العبد بعد الحرية (او) ضمن الغرماء (مشتريه) أى مشترى العبد وهذا عطف على البائع والتقدير ضمن الغرماء البائع ان شاؤا وان شاؤا ضمنوا المشترى لان كل واحد منهما متعد فى حق الغرماء البائع بما ذكرنا والمشترى بالشراء والقبض والتغييب (او اجازوا) أى الغرماء ان شاؤا اجازوا (البيع واخذوا الثمن) أى ثمن العبد ولا يضمنوا أحدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق فالحاصل أن الغرماء يتخيرون بين ثلاثة أشياء اجازة البيع وتضمين أيهما شاؤا ثم ان ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع لان أخذ القيمة منه كأخذ العين وان ضمنوا البائع سلم المبيع للمشترى وتم البيع لزوال المانع وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعون عليه وان توت القيمة عند الذى اختاروه لان المخير بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضى قضى لهم بالقيمة ببينة أو باباء يمين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار ان شاؤا رضوا بالقيمة وان شاؤا ردوها وأخذوا العبد فيبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم كذا فى النهاية (وان باعه) أى المأذون (سيده و) الحال انه قد (أعلم) المشترى (بالدين فللغرماء رد البيع) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته وفى كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع فى حق المتعاقدين وان لم يكن لازما فى حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يفى بدينهم وأما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز بيعه لان للمرتهن ملك اليد فيه وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم وكذا اذا كان الثمن يفى بدينهم (فان غاب البائع) بعد بيع المولى المأذون وقبض المشترى (فالمشترى ليس بخصم) للغرماء اذا أنكر الدين عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يكون خصما ويقضى لهم بدينهم لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له (ومن قدم مصرا) من الامصار (وقال انا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز (ولا يباع) من

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

تركب الدين عليه (حتى يحضر سيده) لانه لا يلزم من وجوب الدين عليه أن يباع به ألا ترى أن المدبر وأم الولد لا يباعان به بخلاف الكسب لان المولى لا يملكه مادام مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه فى الفاضل عن حاجته (فان حضر) زيد (وأقر باذنه) أى بأنه أذن له (بيع) للدين لظهوره فى حقه باقراره (والا) أى وان لم يقر باذنه (لا) يباع الا اذا أثبت الغرماء بالبينة انه اذن له فحينئذ يباع لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا (وان أذن للصبى أو المعتوه) وقد فسرناه فيما مضى فى هذا الباب (الذى يعقل البيع والشراء) أى يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له وان يقصد الربح ويعرف به الغبن اليسير من الفاحش وقوله (وليه) مرفوع لانه فاعل لقوله وان أذن (فهو) أى الصبى أو المعتوه المذكوران (فى الشراء والبيع كالعبد المأذون) فى جميع ماذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذونا له بسكوت الولى حين مايراه يبيع ويشترى ويصح اقراره بما فى يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام التى ذكرناها فى العبد وقال الشافعى لا تنفذ تصرفاته وأصل الخلاف ان عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردد بين النفع والضر أو النفع المحض وعنده غير صالحة حتى لو توكل بالتصرف جاز وعنده لا يجوز

﴿ هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الغصب) ﴾

هو فى اللغة أخذ الشئ من الغير على وجه القهر مالا كان أو غيره حتى يطلق على أخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم يقال غصبته منه وغصبته عليه وفى الشرع (هو) أى الغصب (ازالة اليد المحقة) أى التى لها حق (باثبات اليد المبطلة) فى مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه وهذه القيود لا بد منها فان الغاصب لا يضمن زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعد لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر أو غير المحترم كمال الحربى فى دار الحرب ولا مالا يقبل النقل كالعقار وعند محمد الغصب هو تفويت يد المالك لا غير وعند الثلاثة اثبات يد مبطلة لا غير حتى ان الاستخدام أو الحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط عندنا وعندهم الجلوس أيضا غصب وقد أشار الشيخ الى ذلك بقوله (فالاستخدام) أى استخدام عبد الغير بغير اذنه (والحمل على الدابة) أى على دابة الغير بغير اذنه (غصب) لاثبات اليد المبطلة فيه ومن ضرورته ذلك ازالة اليد المحقة وهو يد المالك (لا) أى ليس بغصب (الجلوس على البساط) لانه ليس بتصرف فيه فليس فيه اثبات اليد المبطلة لعدم ازالة اليد المحقة خلافا لهم (ويجب) على الغاصب (رد عينه) أى عين المغصوب لما روى البخارى من قوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد (فى مكان غصبه) بالاضافة أى غصب العين ويجوز بقطعها أى الواجب رد عينه فى مكان قد غصبه فيه لان المالية تختلف باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت لقيمته (أو) رد (مثله) أى مثل المغصوب (ان هلك) المغصوب (وهو) أى والحال أنه (مثلى) لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ورد العين هو الموجب الاصلى لانه أعدل وأكمل ورد القيمة أو المثل مخلص يصار اليه عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

الهلاك ولو أتى بالقيمة أو المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بأن سلمه اليه بجهة أخرى كما اذا وهبه له أو أطعمه اياه فأكله والمالك لا يدرى انه ملكه وفي الاطعام خلاف الشافعي (وان انصرم) أى انقطع (المثلي فقيمته) أى فالواجب قيمته (يوم الخصومة) عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع لانه صار الآن كالذي لا مثل له وبه قال أحمد وبعض الشافعية ولابي يوسف أن سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه وله ان حقه لا ينقطع عن الجنس الى القيمة الا بالقضاء فتعتبر قيمته يوم القضاء وبه قال مالك وأكثر الشافعية (وما لا مثل له) كالحيوان والعددي المتفاوت والمذروع (فقيمته) أى فالواجب قيمته (يوم غصبه) بالاجماع لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة وقال مالك يضمن مثله صورة (فان ادعى) الغاصب (هلاكه) أى هلاك المغصوب (حبسه الحاكم حتى يعلم انه) أى أن المغصوب (لو بقى) أى لو كان باقيا (لاظهره) وهذا مفوض الى الحاكم وليس له حد معلوم كحبس الغريم في الدين (ثم قضى) الحاكم (عليه) أى على الغاصب (ببدله) ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وبرهنا فبينة الغاصب أولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض وعند أبي يوسف بينة المالك أولى لانها تثبت وجوب الضمان والآخر منكر والبينة للاثبات (والغصب) يتحقق (فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور في المنقول ثم اشار الى التفريع عليه بالفاء بقوله (فان غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) عندهما خلافا لمحمد على ما ذكرنا وبقوله قال أبو يوسف أولا وهو قول الثلاثة وبه يفتى في الوقف (وما) أى الذى (نقص بسكناه) أى بسكنى الغاصب في الدار المغصوبة (وزراعته) في الارض المغصوبة (ضمن النقصان) بالاجماع لان ذلك من باب الاتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه واختلفوا في تفسيره فقال نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان. وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء يعني ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الاقيس لان العبرة بقيمة العين دون المنفعة ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق بالفضل عندهما حتى اذا غصب أرضا فزرعها كرين فأخرجت ثمانية أكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه أربعة أكرار ويتصدق بالباقي وقال أبو يوسف لا يتصدق بشئ لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت يملكه بالضمان (كما) يضمن النقصان (في النقلي) أى في الذى ينقل ويحول وهذا بالاجماع أيضا (وان استغله) أى وان استغل الغاصب المغصوب بأن كان عبدا مثلا فأجره فنقصه الاستغلال وضمن النقصان (تصدق بالغلة) عندهما خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه الآن (كما) يتصدق بالربح (لو تصرف في المغصوب والوديعة) بأن باع (وربح) فيه هذا على وجوه اما أن يكون مما يتعين بالتعيين كالعروض أو لا يتعين كالنقدين فالاول لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب له ويتصدق به والثاني على أربعة أوجه على ما قاله الكرخي اما ان أشار اليه ونقد منه أو أشار اليه ونقد من غيره أو أطلق اطلاقا ونقد

منه أو أشار الى غيره ونقد منـه وفى كل ذلك يطيب له الا فى الوجـه الاول وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب بكل حال أو يتناول منه قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخى فى زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند أبى يوسف لا يتصـدق بشئ منه وهذا الاختلاف بينهـم فيما اذا صار بالتقلب من جنس ماضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار فى يده من بدل المضمون دراهم وان كان فى يده من بدله خلاف جنس ماضمن فان ضمن دراهم وفى يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتبين عنـد اتحاد الجنس ومالم يصر بالتقلب من جنس ماضمن لا يظهر الربح (وملك) الغاصب العـين المغصوبة ولكن (بلا حـل انتفاع قبل أداء الضمان بشئ) اللحم بعد ذبح الشاة (وطبخ) اللحم بعـد ذبح الشاة وكذا بقطعه بعد الذبح (وطحن) الحنطة (وزرع) الحنطة ونحوها (واتخاذ سيف) من الحديد (و) اتخاذ (اناء) من صفر ولكن انما يملك بالتغيير (غير الحجرين) وهما الذهب والفضة فانه لا يملكهما باتخاذه أوانى أو بضربه دنانير أو دراهم عند أبى حنيفة لان الحاصل بصنعه الجودة وهى غير متقومة فى مال الربا وقالا يملكهما الغاصب وعليه المثل لان التركيب بهذه الصناعة ملكه وقوله (وبناء) بالجر عطف على قوله واناء أى وملك الغاصب أيضا ببناء (على ساجـة) بالجيم وهو مفرد ساج وهو شجر عظيم صلب قوى ينبت ببلاد الهند وهى من أعز الاشجار ويستعمل فى أبواب الدور وبنائها وأساسها وقال الكرخى وأبو جعفر انما ينقطع حق المالك عن الساجـة اذا بنى حولها وأما اذا بنى عليها فلا ينقطع وعنـد الشافعى لا ينقطع حق المالك كيفما كان فيهدم البناء ويأخـذ ساجته وعنـدنا انقطع حقه مطلقا فى الصحيح لان فى فعـله ضررا بالغاصب وفى الذخيرة هذا اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كان قيمة الساجـة أكثر من قيمة البناء فلم ينقطع حق المالك عنها وانما ينقطع حق المالك بهذه الاشياء لانه استهلاك من وجه لفوات معظم المقاصد وتبدل الاسم وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على مافات من وجه وقال الشافعى لا ينقطع حق المالك عنها وهو رواية عن أبى يوسف غير انه اذا اختار أخـذ العين لا يضمنه النقصان عنـده فى الاموال الربوية لانه يفضى الى الربا وعنـد الشافعى يضمنـه وهو قول أحمد لان الاوصاف تابعة للعين والملك يبقى ببقاء العين وهى باقيـة ومذهب مالك أنه يخير المالك بين التضمين وأخذ العين بلا شئ وعن أبى يوسف أن ملكه يزول عن العـين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفى به دين المغصوب منه يعنى ما وجب له عليه بالغصب من المثل أو القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منـه أحق به من سائر غرمائه ثم القياس أن يجوز الانتفاع به قبـل أداء الضمان لانقطاع حق المالك وهو قول زفر والحسـن ورواية عن أبى حنيفة ولكن الاستحسان أن لا يجوز لقوله عليـه الصلاة والسـلام فى الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الاسارى أخرجه الدارقطنى ولقد أفاد هذا الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبـل الارضاء (ولو ذبح) رجـل (شاة) لآخر (او خرق ثوبا) لغيره خرقا (فاحشا ضمن القيمة) أى قيمـة الشاة أو قيمة الثوب (وسلم) المالك (المغصوب اليه) أى الى الغاصب (او ضمن) الغاصب (النقصان) واخذه المالك وكذا اذا قطع يد الشاة أو رجلها لان هذه الاشـياء اتلاف من وجـه باعتبار فوت بعض

الاغراض

الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوت بعض المنفعة فى الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه وأخذه وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس له أن يضمنه النقصان اذا أخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها والاول هو الظاهر ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع أخذه (وفى الخرق اليسير ضمن) الخارق (نقصانه) يعنى مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له أن يضمنه النقصان واختلفوا فى حد الخرق الكبير واليسير فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم فيخير المالك بين أن يميل الى الهالك أو القائم والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان فى المنفعة (ولو غرس) رجل (أو بنى فى أرض الغير قلعا) أى الغرس والبناء (وردت) الارض الى صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أى لذى عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال صام نهاره وقام ليله (وان نقصت الارض بالقلع) أى بقلع الشجر والبناء (ضمن) صاحب الارض للغاصب (البناء) حال كونه مقلوعا (والغرس) حال كونه (مقلوعا) ويكونان له لان فيه رفع الضرر عنهما وانما يضمن قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع وكيفية معرفتهما أن تقوم الارض وبها بناء أو شجر استحق قلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما هكذا قالوا ولكن هذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون ضمانا للقيمة مقلوعا أن لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا فى الارض بأن يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا أو لبنا أو حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير أن يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية (ويكون) البناء أو الغرس (له) أى لصاحب الارض (وان صبغ) الغاصب الثوب الذى غصبه (أولت) أى اذا خلط (السويق) الذى غصبه (بسمن) فالمالك بالخيار ان شاء (ضمنه) أى الغاصب (قيمة ثوب أبيض و) ضمنه (مثل السويق أو) ان شاء (أخذهما) أى الثوب والسويق (وغرم) أى المالك للغاصب (ما زاد الصبغ) فى الثوب (والسمن) فى السويق وعند الشافعى يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان وبه قال أحمد وعن الشافعى يبيعان ويقسمان الثمن على قيمة الثوب والصبغ قلنا الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما أمكن وكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لانه صاحب أصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالاصل وكذا السويق أصل والسمن تبع فيخير صاحبه لعدم التميز وما روى عن أبى حنيفة أن السواد نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة فهو اختلاف عصر وزمان فان بنى أمية فى زمانه كانوا يمتنعون من لبس السواد وفى زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فأجاب كل على ما شاهده ولهذا لم يتعرض الشيخ رحمه الله لذكر هذا ولا للون الصبغ لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا منها ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص فلا معنى بالتقييد

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

باون ذون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة والنقصان حقيقة والله أعلم

هذا (فصل) فى تصرفات الغاصب فى المغصوب وغيره (غيب) بالغين المعجمة أى الغاصب اذا غيب (المغصوب وضمن قيمته) للمالك (ملكه) لان المالك ملك البدل فوجب أن يزول ملكه عنه كيلا يجتمع البدلان فى ملك واحد وعند الشافعى لا يملكه لانه محظور فلا يكون سببا للملك (والقول فى القيمة) أى فى قيمة المغصوب (للغاصب مع يمينه) لانه منكر (والبينة للمالك) لانه مدع (فان ظهر) المغصوب بعد ذلك (و) الحال أن (قيمته أكثر) من الذى ضمنه الغاصب (و) الحال انه (قد ضمنه بقول المالك أو بينته) أى أو ضمنه ببينة المالك (او) ضمنه (بنكول الغاصب فهو) أى المغصوب (للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضى به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه (وان) كان قد (ضمنه بيمين الغاصب فالمالك) بالخيار ان شاء (يمضى الضمان أو) ان شاء (يأخذ المغصوب) من الغاصب (ويرد العوض) الذى أخذه من الغاصب لعدم تمام رضاه بهذا المقدار من الضمان ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه أو أقل فى هذه الصورة وهى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخى لا خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفى ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح (وان باع) الغاصب (المغصوب فضمنه المالك) قيمته (نفذ بيعه) أى بيع الغاصب (وان حرره) أى وان حرر الغاصب العبد المغصوب (ثم ضمنه المالك (لا) ينفذ عتقه والفرق أن ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا وهو يكفى لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه (وزوائد المغصوب) سواء كانت متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والثمرة والصوف واللبن (امانة) فى يد الغاصب (فتضمن بالتعدى أو بالمنع بعد طلب المالك) وقال الشافعى عليه الضمان مطلقا لوجود حد الغصب وبه قال أحمد ولنا أن سبب الضمان اخراج العين من أن تكون منتفعا بها فى حق المالك ولم يوجد الا اذا وجد ما يفوت حقه كالتعدى والمنع بعد الطلب (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون) على الغاصب (و) لكن (يجبر) النقصان (بولدها) ان كان فى قيمته وفاء ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وقال زفر والشافعى لا يجبر النقصان بالولد لانه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها أوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد فاذا صار مالا انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان (ولو زنى) الغاصب (بمغصوبة فردت) الى مالكها فحبلت (فماتت) عند المالك (بالولادة) أى بسببها (ضمن) الغاصب (قيمتها) يوم علقت (ولا تضمن الحرة) لانها لا تضمن بالغصب هذا عند أبى حنيفة وقالا لا تضمن الامة أيضا الا نقصان الحبل لان الرد قد يصح مع الحبل ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث فى يد المالك فلا يبطل به الرد ولا يضمنها الغاصب الا النقصان وله انه لم يردها كما أخذها لانه أخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى نقول يبقى ضمان الغصب ويفسد به الرد ولا يجب ردها أصلا فافترقا (ومنافع الغصب) بالرفع عطف على قوله الحرة أى ولا تضمن منافع الغصب صورته اذا غصب عبدا خبازا مثلا وأمسكه شهرا ثم رده الى المالك لا يضمن منافع

الشهر

الشهر عندنا وكذا اذا غصب مسكا فشمه ورده ونحو ذلك وبه قال مالك وقال الشافعي
وأحمد يضمن لانها مال متقوم مضمونة بالعقد كالاعيان ولنا أن عمر وعليا رضي الله عنهما حكما
بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب أجر
منافع الجارية والاولاد مع علمهما أن المستحق يطالب بجميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع
أولادها ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما وفي اشارات الاسرار المنافع
لا تضمن بالغصب سواء صرفها الى نفسه أو عطلها على المالك وقال الشافعي تضمن في الحالين
وقال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي ليس على الغاصب في ركوب الدابة وسكنى
الدار أجر وهو مذهب علمائنا (و) لا يضمن أيضا (خمر المسلم أو خنزيره بالاتلاف) لعدم
تقومهما في حقه (وضمن) المتلف (لو كانا) أي الخمر والخنزير (لذمي) لانهما مال في حقه وقد
أمرنا أن نتركهم وما يدينون وعند الشافعي لا يضمنهما للذمي أيضا لانهما غير متقومين في حق
المسلم فوجب أن يكونا في حقهم كذلك لانهم اتباع لنا في الاحكام وعلى هذا الخلاف اذا
أتلفهما ذمي لذمي ثم عندنا يجب على المسلم قيمتهما وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع
عن تمليكه وتملكه اياها بخلاف الذمي اذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه
ولو أسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شئ على المطلوب لان الخمر في حقه ليست متقومة فكان
باسلامه مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو اسلما ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم
الطالب بعده قال أبو يوسف لا يجب عليه شئ وهو رواية عن أبي حنيفة وقال محمد يجب عليه
قيمة الخمر وهو رواية عن أبي حنيفة (وان غصب خمرا من مسلم فخللها) أي صيرها خلا بأن نقلها
من الشمس الى الظل أو من الظل الى الشمس (أو غصب جلد ميتة فدبغ) بماله قيمة كالعفص
والقرظ ونحوهما (فللمالك أخذهما) أي أخذ الخل والجلد المدبوغ (ورد) المالك الى الغاصب
(مازاد الدباغ) في الجلد ويأخذ الخل بغير شئ والفرق أن التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب
النجس فبقي على ملك المغصوب منه وبالدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا
يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطي مازاد الدباغ فيه وطريق معرفته أن ينظر الى قيمة
الجلد ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما (وان أتلفهما) أي وان أتلف
الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردهما الى صاحبهما (ضمن الخل فقط) يعني
لا يضمن الجلد المدبوغ عند أبي حنيفة وقالا يضمن قيمة الجلد أيضا مدبوغا ويعطي مازاد الدباغ
فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك كما في مسئلة
الخل ثم يعطيه مازاد الدباغ فيه بخلاف الهلاك لانه لم يوجد منه التفويت وكذا لو دبغه بشئ
لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك وله أن ماليته وتقومه حصلت بفعل الغاصب وفعله
متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي مازاد الدباغ فيه فكان
حقا له والجلد تبع لصنعه في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف
فكذا التبع فصار كما اذا هلك بغير صنعه بخلاف ما اذا دبغه بشئ لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تبق
حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه
قيمته فيما اذا دبغه بشئ متقوم ليس له ذلك بالاتفاق وقيل عندهما له ذلك فيضمنه مثل قيمة

جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه مجانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ والاكثرون على الاول ولو جعل الغاصب الجلد فروا أو جرابا أو زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل ثم ان كان الجلد ذكيا وجب عليه قيمته يوم الغصب وان كان جلد ميتة فلا شئ عليه ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قيل عند أبي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه بالخلط بماله استهلكه فصار كالجلد اذا استهلكه بعد الدباغ باتخاذه الفرو ونحوه وعندهما أخذه المالك وأعطا ما زاد الملح فيه ومعناه أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل ولو خللها بصب الخل فيها قيل يكون للغاصب بغير شئ عند أبي حنيفة سواء صارت خلا من ساعتها أو بمرور الزمان عليها وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال أبو حنيفة وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقيهما (ومن كسر معزفا) بكسر الميم اسم آلة اللهو كالعود والبربط ونحوهما (أو أراق سكرا) بفتحتين وهو نقيع الرطب اذا غلا واشتد (أو) أراق (منصفا) وهو العصير الذي طبخ وذهب نصفه وغلا واشتد (ضمن) عند أبي حنيفة قيمته لغير اللهو لانه أتلف مالا ينتفع به من وجه سوى التلهي فيضمن قيمته من ذلك الوجه كاستهلاك الامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال أبو حنيفة اذا كسر رجل على رجل بربطا أو طبلا يضمن قيمته خشبا منحوتا وفي المنتقى عن أبي حنيفة يضمن قيمته خشبا مخلعا وانما الذي يحرم منه التأليف قال الفقيه أبو الليث وكانوا يقولون ان معنى قول أبي حنيفة انه يضمن قيمته أن لو اشترى لشئ آخر سوى اللهو فينظر لو أن انسانا أراد أن يشتريه ليجعله وعاء للملح أو غير ذلك بكم يشتري فيضمن قيمته بذلك المقدار وقال فخر الدين قاضيخان على قول أبي حنيفة يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية ففي الدف يضمن قيمته دفا يوضع فيه القطن وفي البربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد ونحو ذلك ثم قيل الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو وأما اللذان يضربان في العرس أو الغزو فيضمن بالاتفاق وقال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير ولو كان طبل الحاج أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية في البيت يضمن بالاتفاق وأما في السكر فيجب قيمته وكذلك المنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز فعله وعندهما لا يضمن هذه الاشياء لانها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر وبه قالت الثلاثة والفتوى على قولهما لكثرة الفساد بين الناس حتى قالوا رواية عن الاصحاب انه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد وقالوا أيضا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقد هجم عمر رضي الله تعالى عنه على نائحة في بيتها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها وفي شرح مختصر الكرخي لو أتلف على نصراني صليبا ضمن قيمته صليبا لانا أقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر التي هم مقرون عليها وفي الغاية قال أصحابنا ان الذمي يمنع من كل شئ يمنع منه المسلم الا شرب الخمر وأكل الخنزير لانا استثنيناه بالامان (وصح بيع هذه الاشياء) أي المعزف والسكر والمنصف على أصل أبي حنيفة خلافا لهما (ومن غصب ام ولد أو) غصب (مدبرة فماتت) عنده (ضمن قيمة المدبرة لا ام الولد)

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

عنـد أبي حنيفة وقالا يضمن أم الولد أيضا لانها متقومة عندهـما كالمدبرة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وبقولهـما قالت الثلاثة وقيمة أم الولد ثلث قيمة القن وقيمة المدبر قيل ثلثا قيمة القن وقيل نصف قيمته وقدمر تحقيقه في البيع الفاسد والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الشفعة)

وهي في اللغة من الشـفع وهو الضم ضـد الوتر من شـفع الرجل اذا كان فردا فصار له ثان والشفيع أيضا بضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة وفي الشرع (هي) أي الشـفعة تملك البقعة جبرا) أي من حيث الجبر (على المشتري بما) أي بالذي أي بالثمن الذي (قام عليه) أي على المشتري وقيل هي ضم بقعة مشتراة الى عقار الشفيع بسبب الشركة أو الجوار وهـذا أحسن (وتجب) الشفعة والمراد من الوجوب الثبوت (للخليط) وهو الشريك الذي لم يقاسم (في نفس المبيـع) وهـذا بالاجماع لما روى جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به رواه مسلم وأبو داود والنسائي (ثم) تجب (للخليط في حق المبيع) وهو الذي قاسم وبقيت له شركة في حق العقار (كالشرب بكسر الشين (والطريق) بشرط أن يكونا خاصـين وهو أن يـكون النهر لا تجري فيه السفن والطريق الذي لا ينفذ أشار اليه بقوله (ان كان) كل واحد من الشرب والطريق (خاصا) حتى اذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة وقال الشارح والشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد أن يكون نهرا صغيرا لا تجري فيه السفن وان كان كبيرا تجري فيه السـفن فليس بخاص فاذا بيـع أرض من الاراضي التي تسـقى منها لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل اذا كان أهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير وعليـه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حـد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بأربعين وعن أبي يوسف الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام وقيل هو مفوض الى رأي المجتهدين في كل عصر فان رأوهم كثيرا كانوا كثيرا وان رأوهم قليلا كانوا قليلا وهو أشبه الاقاويل (ثم) تجب الشفعة بعد ذلك (للجـار الملاصق) وهو الذي داره على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سـكة أخرى وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقول جابر رضي الله تعالى عنه انه عليه السلام قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخاري وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسـلام جار الدار أحق بالدار من غيره رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه وقوله عليه السـلام الجار أحق بسقبه ما كان رواه أحـمد والنسائي وابن ماجه ويروى بصقبه وكلاهما بمعنى واحد وهو القرب وقد روى هذا التفسير مرفوعا أثبت النبي صلى الله عليه وسلم الشفعة للجـار بعلة قربه فيستحق الشفعة وحديث جابر معناه انه لا تجب للجار بقسمة الشركاء لانهم أحق منه وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث (والشريك في خشبة) موضوعة (على الحائط وواضـع الجذوع على الحائط جار) فلا يستحق الشفعة الا بعد الشريك في نفس المبيـع

والشريك فى حق المبيع لان الشركة المعتبرة هى الشركة فى العقار لافى المنقول والخشبة منقولة وبوضع الجذوع على الحائط لايصير شريكا فى الدار وكذا بالشركة فى الجذوع لايكون شريكا فيها لكنه جار ملاصق لوجود اتصال بقعة أحدهما بقعة الآخر فيستحق الآخر الشفعة على انه جار ملاصق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا بينهما كان هو أولى من غيره من الجيران وقال الكرخى فى مختصره الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعا بثلاثة معان الشركة فيما وقع عليه عقد البيع أو بالشركة فى حقوق ذلك أو بالجوار الاقرب فالاقرب وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هى مفردة لبعضهم وساحة الدار مرفوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها وباب الدار التى فيها المنازل فى زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء فى المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبى بحقوقه من التطرق فى الساحة فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة من الشريك فى الساحة ومن الشريك فى الزقاق الذى فيه باب الدار فان سلم الشريك فى المنزل الشفعة فالشريك فى الساحة أحق بالشفعة وان سلم الشريك فى الساحة فالشريك فى الزقاق الذى لامنفذ له الذى يشرع فيه باب الدار أحق بعده بالشفعة من الجار الملاصق وجميع أهل الزقاق الذى طريقهم فيه شركاء فى الشفعة من كان فى أدناه واقصاه فى ذلك سواء فان سلم الشركاء فى الزقاق فالجار الملاصق ممن لاطريق له فى الزقاق بعد هؤلاء أحق وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة ممن لاطريق له فى الزقاق اه وكلمة على فى قوله (على عدد الرؤس) تتعلق بقوله تجب للخليط أى تجب الشفعة على عدد الرؤس وقال الشافعى على قدر سهامهم وبه قال مالك وأحمد كما اذا كانت دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر سدسها وللآخر ثلثها فباع صاحب السدس سدسه فطلبا الدار بالشفعة فانها تقسم بينهما أخماسا ثلاثة أخماس لصاحب النصف وخمسان لصاحب الثلث لان الشفعة من مرافق الملك فأشبه الربح ولنا أن العلة اتصال الملك وقليله فى ذلك ككثيره فيكون ما باع صاحب السدس بينهما نصفان والباء فى قوله (بالبيع) تتعلق بقوله تجب أيضا أشار بهذا الى أن سبب وجوب الشفعة البيع أعنى بيع الدار المشفوعة هكذا قال بعضهم والصحيح أن السبب هو اتصال الاملاك على اللزوم والبيع شرط فحينئذ يكون التقدير تجب الشفعة بعقد البيع أى بعد وجوده والمراد بالبيع الصحيح فان البيع الفاسد لا تجب فيه الشفعة لانه قبل القبض لا يفيد الملك وبعده مستحق للفسخ فايجابها تقرير الفساد فلا يجوز الا اذا سقط الفسخ وجبت لزوال المانع وفيه قيد آخر وهو أن يكون خاليا عن خيار البائع لانه يمنع خروج المبيع عن ملكه حتى لو أسقطه وجبت وخيار المشترى غير مانع لانه لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وكذلك خيار الرؤية والعيب لا يمنعان (وتستقر) الشفعة (بالاشهاد) لانها حق ضعيف فلا بد من طلب المواثبة والاشهاد على الطلب (وتملك) الشفعة (بالاخذ) أى بأخذ الدار المشفوعة (بالتراضى) بأن سلمها المشترى برضاه (أو بقضاء القاضى) من غير أخذ لانها ملك فلا يصح الا بأخذ كرناه وفائدته أنه اذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل التسليم أو الحكم لا يورث عنه ولو باع داره التى يستحق

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

بها الشفعة بطلت شفعته ولو بيعت دار بجنبها لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها

هذا (باب) في بيان أحكام (طلب الشفعة)

وبيان كيفية الطلب (فان علم الشفيع بالبيع) أى ببيع الدار المشفوعة (أشهد) على نفسه على الفور من غير تأخير ولا سكوت (فى مجلسه على الطلب) لان سكوته بعد العلم يدل على رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته فتبطل شفعته به ولو أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو وسطه فقرأ الكتاب الخ بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشترى والثمن فان أخبر بحضرة الشهود يشهدهم عليه والا يطلب من غير اشهاد لان هذا الطلب صحيح من غير اشهاد ويشترط أن يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروى عن محمد وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس كالمخيرة وبهذا أخذ الكرخى ولو قال بعد ما علم البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم أو سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية وكذا لو قال من ابتاعها وبكم بيعت وكذا لو قال خلصنى الله تعالى ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة فى الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره بها رجلان غير عدل أو واحد عدل عند أبى حنيفة أو رجل وامرأتان وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا أخبر واحد حرا كان او عبدا صغيرا كان أو كبيرا اذا كان الخبر حقا واذا لم يشهد بطلت شفعته ولو أخبره المشترى بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة فى الخصوم (ثم) أشهد (على البائع لو) كان المبيع (فى يده أو) أشهد (على المشترى أو) أشهد (عند العقار) وهذا طلب التقرير وما ذكرنا طلب المواثبة وكيفيته أن يقول ان فلانا باع هذه الدار ويذكر حدودها الاربعة وأنا شفيعها طلبت شفعتها وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ومدة هذا الطلب مقدرة بتمكنه من الاشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وان قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا فى مصره جاز استحسانا وان كان بعضهم فى مصره والبعض الآخر فى مصر آخر أو فى الرستاق فقصد الابعد وترك الذى فى مصره بطلت شفعته وان أشهد عند طلب المواثبة على البائع بأن كان حاضرا أو على المشترى أو عند العقار يكفيه ذلك ويقوم مقام الطلبين ذكره شيخ الاسلام وبقى طلب ثالث وهو طلب الاخذ والتملك أشار اليه بقوله (ثم لا تسقط) الشفعة (بالتأخير) أى بتأخير طلب الاخذ بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد عندهما وعند محمد ان أخر هذا الطلب الى شهر من غير عذر بطلت وبه قال زفر وهو رواية عن أبى يوسف وفى العيون وبعضنا أفتى به وعنه أنه قدره بثلاثة أيام وعن أبى يوسف اذا ترك المحاكمة والمرافعة الى القاضى فى زمان يقدر على ذلك بطلت وعند الشافعى فى الجديد وأحمد فى رواية تبطل بالتأخير ولو بلا عذر وعند مالك تبطل بمضى سنة والفتوى على قول أبى حنيفة انها لا تبطل أبدا حتى يسقطها بلسانه لان الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق ولو كان التأخير بعذر من مرض أو سفر أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار فى بلده لا تسقط بالاجماع وان طالت المدة (فان طلب) الشفيع الشفعة (عند القاضى سأل) القاضى (المدعى عليه) وهو المشترى عن الدار التى يشفع بها الشفيع هل هى ملك للشفيع أم لا (فان أقر)

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

المشـتري (بملك) الشفيع (مايشفع به اونكل) المشتري عن اليمين بعدما أنكر (أو برهن الشفيع) أي أو أقام بينة أنها ملكه (سأله) أي سأل القاضي المشتري (عن الشراء) فيقول له اشتريت أم لا (فان اقر) المشتري (به) أي بالشراء (اونكل) عن اليمين بعدما أنكر (او برهن الشفيع) أي أقام بينة على الشراء (قضى) القاضي (بها) أي بالشفعة لثبوته عنـده والواجب في هـذا أن يسأل القاضي أولا المدعى عن موضع الدار من مصر ومحلة وحـدودها لانه ادعى فيها حقا فلا بد أن تكون معلومة فاذا بين ذلك سأل هل قبض المشتري الدار أم لا لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشـتري حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد فاذا بين ذلك كله تم دعواه ثم أقبل على المدعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع أم لا فان اعترف ثبت باعترافه وان أنكر كلف القاضي الشفيع اقامة البينة على أنه مالك لما يشفع به وعند زفر يقضى بظاهر اليد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وقول الشافعي لان اليد دليل الملك ظاهرا ولنا أن الظاهر يكفي للدفع دون الالزام فان عجز عن البينة فطلب يمينه استحلف المشـتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به عند أبي يوسف وعنـد محمد يحلف على البتات فان نكل أو أقام الشفيع بينة أو أقر المشـتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وبعـد ذلك سأل القاضي المدعى عليـه فيقول له هل اشـتريت أم لا فان أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة أنه اشـترى فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين المشتري استحلف بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصـل وهو قول أبي حنيفة ومحمد والاول على السبب وهو قول أبي يوسف فان نكل أو أقر أو أقام الشفيع بينة قضى بها لظهور الحق بالحجة (ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى) فيجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضي وعن محمد لا يقضى له بها حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسـن عن أبي حنيفة احترازا عن توى الثمن وجه الظاهر أنه لا يجب عليه الا بعـد القضاء لانه قبـل القضاء غير واجب عليه فلا يطالب به وعند الشافعي ينتظر ثلاثة أيام وعند مالك واحد يومين فان حضر والا فسخ فان قال ليس عنـدي الثمن أو احضره غدا أو ما اشبه ذلك بطل الشفعة وعند الثلاثة لا (بل) انما يلزم الشفيع احضار الثمن (بعد القضاء) أي بعـد قضاء القاضي بالشفعة لما ذكرنا (وخاصم) الشفيع (البائع لو) كان المبيع (في يده) لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لان يدهم ليست باصالة فلا يكون خصما (ولا يسمع القاضي (البينة حتى يحضر المشتري) لان لكل منهما في المبيع حقا للبائع اليد وللمشتري الملك والشفيع يتعرض للحقـين جميعا فلا بد من حضورهـما (فيفسخ البيع بمشهده) أي بمشهد المشتري أي بحضوره بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لان العقد قد انتهى بالتسـليم فصار البائع أجنبيا عنهما (والعهدة) وهي ضمان الثمن عنـد الاستحقاق (على البائع) عنـدنا وقالت الثلاثة على المشتري والاصل في ذلك أن حقوق العقد ترجع الى المالك عنـدهم والى العاقد عندنا (والوكيل بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم) المبيع (الى الموكل) لان الوكيل هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيكون متوجها عليـه الا أن يسلم

الدار

الدار الى المو كل فيخرج عن الخصومة وعند الثلاثة الخصم هو المو كل ابتداء لان الوكيل بمنزلة السفير (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشترى البراءة منه) أى من العيب بالاجماع لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فيثبت فيها الخيار ولا يسقط برؤية المشترى وبشرط براءته لان الشفيع ليس بنائب عنه فلا يسقط حقه باسقاط المشترى (وان اختلف الشفيع والمشترى فى) مقدار (الثمن فالقول للمشترى) لانه منكر لان الشفيع يدعى استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكره ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لا يدعى على الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا ولا يكون فى معنى ما ورد به النص فامتنع القياس (وان برهنا) أى وان أقام كل واحد منهما البينة على دعواه (فللشفيع) أى فالبينة بينة الشفيع عندهما وعند أبى يوسف البينة بينة المشترى لانها تثبت الزيادة وعند الشافعى وأحمد تهاترتا والقول للمشترى وعنهما يقرع وعند مالك يحكم بالاعدل والا باليمين ولهما ان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة لان الشفيع لو ترك يترك فيكون الملزم أولى (وان ادعى المشترى ثمنا وادعى بائعه أقل منه و) الحال أنه (لم يقبض الثمن أخذها) أى المشفوعة (الشفيع بما قال البائع) لان الامر ان كان كما قاله البائع فالشفيع يأخذه به وان كان كما قاله المشترى يكون حطا عن المشترى بدعواه الاقل وحط البعض يظهر فى حق الشفيع فيأخذه به ولو كان ما ادعاه البائع أكثر مما ادعاه المشترى تحالفا وأيهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان فسخ القاضى العقد بينهما يأخذه الشفيع بما يقوله البائع (وان قبض البائع الثمن فى المسئلة المذكورة (أخذها) الشفيع (بما قال المشترى) اذا ثبت ذلك بالبينة أو بيمينه ولا يلتفت الى قول البائع لان باستيفاء الثمن انتهى العقد وصار البائع كالاجنبى وعند الثلاثة يؤخذ بقول المشترى هنا أيضا (وحط البعض) أى بعض الثمن (يظهر فى حق الشفيع) حتى يأخذه بما بقى لان الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقى هو الثمن وعند الثلاثة لا يظهر ولا يسقط عن الشفيع بل عليه الثمن المسمى وقد مر أصل هذا فى كتاب البيوع (لا) يظهر (حط الكل) أى كل الثمن يعنى لو حط البائع كل الثمن عن المشترى لم يسقط عن الشفيع بالاجماع لانه يصير بيعا بلا ثمن وانه باطل (و) لا يظهر أيضا (الزيادة) على الثمن بعد عقد البيع حتى لا تلزمه الزيادة بالاجماع لان فى اعتبارها الحاق الضرر به وهو مدفوع (وان اشترى دارا بعرض أو بعقار أخذها) أى الدار (الشفيع بقيمته) أى بقيمة ذلك العرض أو العقار (و) أخذها (بمثله) أى بمثل ذلك العرض (لو) كان (مثليا) أى من ذوات الامثال كالمكيل والموزون والعددى المتقارب كما فى ضمان العدوان (و) أخذها الشفيع (بحال) أى بثمن حال (لو) كان الثمن (مؤجلا) بأن كان المشترى اشتراها الى أجل (أو يصبر) الشفيع عن الاخذ (حتى يمضى الاجل) المضروب بين البائع والمشترى (فيأخذها) بعد ذلك وقال زفر ومالك وأحمد والشافعى فى القديم له ان يأخذها فى الحال بالثمن المؤجل لان الشراء وقع به ولنا أن الاصل فى الثمن أن يكون حالا وانما يؤجل بالشرط ولا شرط فى حق الشفيع ثم لابد من الطلب ان كان يصبر الى حلول الاجل حتى لو سكت ولم يطلب فى الحال بطلت شفعته عندهما

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

وعنـد أبي يوسف لا تبطل بالتأخير الى حلول الاجـل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال ولهما أن حقه قد ثبت ولهـذا له أن يأخذ بثمن حال ولولا أن حقـه ثابت لما كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (و) أخذها (بمثل الخمر وقيمة الخنزير ان كان الشفيع ذميا) صورته اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر أو خنزير فان كان شفيعه ذميا أخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا صحيح فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه أحكام البيع مثل الشفعة ونحوها غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذ بها لانها من ذوات الامثال والخنزير من ذوات القيم فيجب عليه قيمته وان كان الشفيع مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر أو مثلها ولو أسلم الذمي صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بالقيمة والمستأمن كالذمي في جميع ذلك (و) أخـذ (بقيمتهـما) أي بقيمـة الخمر وقيمة الخنزير (لو) كان الشفيـع (مسلما) لانه لا يقـدر على تسليم المثـل لكونه ممنوعا عن تمليكهما وتملكهما فيجب عليه قيمتهما كما في ضمان العدوان (و) أخذها (بالثمن وقيمة البناء والغـرس لو بنى المشـتري) على الارض المشفوعـة (أو غرس) فيها (أو كلف) الشفيـع (المشـتري قلعهما) أي قلع البناء والغرس ويأخذ الارض فارغة وعن أبي يوسف أنه لا يكلفه بالقلع ولـكنه بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك وبه قال مالك والشافعي في قول وعن الشافعي وأحمد ليس له قلعهما بل يأخذها بقيمتهما فقط وجه الظاهر أن المشتري تصرف في أرض تعلق بها حق متأكد للغير من غير تسليط من جهته فينتقض (فان فعلهما) أي البناء والغرس (الشفيع فاستحقت) الارض بعد ذلك فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلعهما (رجع) الشفيع على المشـتري (بالثمن) لانه تبين أن المشـتري أخـذ الثمن من الشفيـع بغـير حق لان الارض لم تكن في ملكه فيسترد منه الثمن (فقط) يعـني لا يرجـع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان أخذها منه ولا على المشـتري ان أخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن أبي يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه فكان كالمشـتري وجـه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشـتري ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع أخذها منه جبرا (و) أخذها الشفيـع (بكل الثمن ان خربت الدار) بعد شراء المشتري من غير صنع أحـد (أو جف الشجر) كذلك لانهما تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ولهذا يبيعهما في هـذه الصورة مرابحة بلا بيان بخـلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الفائت بعض الاصـل هـذا اذا انهـدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجـر شيء من حطب أو خشب وأما اذا بقي شيء من ذلك فلا بد من سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ (و) أخذها (بحصة العرصة ان نقض المشتري البناء) لانه صـار مقصودا بالاتلاف والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شيء من الثمن بخـلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية فاذا كان له حصـة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف المسألة الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخـذ بالشفعة لانه صار له قيمة بالحبس ونقض الاجنبي البناء

كنقض المشترى (والنقض) بكسر النون بمعنى المنقوض كالنكث بمعنى المنكوث وجاء النقض بفتحتين (له) أى للمشترى لان الشفيع انما يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال (و) أخذها الشفيع (بثمرها ان ابتاع) أى ان اشترى المشترى (أرضا ونخلا وثمرا) بان شرطه فى البيع (أو) اشترى أرضا ثم (أثمر) النخل (فى يده) أى فى يد المشترى بعد الشراء لانه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه (وان جذه) بالذال المعجمة المشددة أى وان قطع (المشترى) الثمر فيما اذا اشتراها بالثمن بالشرط (سقطت حصته) أى حصة الثمن (من الثمن) لأنه لما دخل بالتسمية صار أصلا وكذلك اذا هلك بآفة سماوية وأما فى الفصل الثانى فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ فى المبيع الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن وكان أبو يوسف يقول أولا يحط عنه من الثمن فى الفصل الثانى أيضا ثم رجع الى ماذكر فى الكتاب

* هذا (باب) فى بيان أحكام (ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب) *

(انما تجب الشفعة فى عقار) سواء كان مما يقسم أو مما لا يقسم وقال الشافعى لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحى والحمام والنهر والطريق والاصل فيه انها عنده لدفع ضرر القسمة فلا تتحقق الا فيما يقسم وعندنا لدفع ضرر الجوار على الدوام ولا اختصاص لذلك بالمقسوم دون غيره وقوله (ملك) على صيغة المجهول صفة لقوله عقار واحترز بقوله (بعوض) عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله (هو مال) عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب فى هذه الاشياء (لا) تجب الشفعة (فى عرض وفلك) أى سفينة وقال مالك تجب فى السفينة لانها تسكن كالعقار وعن أحمد ومالك فى رواية تجب فى منقول ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا شفعة الا فى ربع أو حائط (و) لا تجب أيضا فى (بناء ونخل بيعا بلا عرصة) لانهما منقولان وان بيعا مع الارض تجب تبعا لها بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به فى السفل على انه خليط فى الحقوق وهو الطريق لان حق التعلى يبقى على الدوام وهو غير منقول فيستحق به الشفعة كالعقار ولا كذلك البناء والنخل فلا يستحق بهما الشفعة (و) لا تجب أيضا فى (دار جعلت مهرا) بأن تزوج عليها امرأة (أو) جعلت (أجرة) بأن استأجر حماما بدار يدفعها اليه عوض الاجرة (أو) جعلت (بدل خلع) بان خالعها على دار دفعتها اليه (أو) جعلت (بدل صلح عن دم العمد أو) جعلت (عوض عتق) بأن أعتق عبده على دار وعند الشافعى تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده وعندنا لا لان المستحق بهذه العقود ليست بمال غير ان الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها أو للضرورة فلا يتعدى موضعها ولا ضرورة فى حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة فى حقه (أو وهبت) الدار (بلا عوض مشروط) فى العقد ولو شرط تجب لانها بيع انتهاء وأما اذا وهب له هبة ثم عوض عنها بغير شرط لا تجب عندنا خلافا لمالك (أو بيعت) الدار (بخيار البائع) لان خياره لا يخرجها عن ملكه (أو بيعت) الدار بيعا (فاسدا) لانه مستحق الفسخ (ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء) أى ببناء المشترى فيها لان حق البائع ينقطع به عند أبى حنيفة وعندهما لا ينقطع فلا تجب فيها الشفعة وتسترد وينقض ما بناه

المشترى لان حق البائع فى الاسترداد آكد من حق الشفيع وحقه لا يبطل وله نقض البناء فالبائع أولى وله أن حق الاسترداد فى البيع الفاسد حق الشارع والبناء حق المشترى وحقه مقدم لحاجته والمشترى بنى بتسليط البائع فلا يكون له نقضه (أو قسمت) الدار (بين الشركاء) لا تجب أيضا لجارهم بالقسمة بينهم لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا تجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة وهى المبادلة من كل وجه (أو سلمت شفعته) أى سلم الشفيع الشفعة (ثم ردت) الدار الى البائع (بخيار رؤية أو) بخيار (شرط) كيفما كان (أو) ردت بخيار (عيب بقضاء) قاض لا تجب الشفعة أيضا لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقدا جديدا فعاد الى قديم ملك البائع ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده (وتجب) الشفعة (لو ردت) الدار بخيار عيب (بلا قضاء) قاض (أو تقايلا) البيع لانه فسخ فى حقهما لولايتها على أنفسهما فانه بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث وعندهما لا تجب لان شفعته بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة لقصد المتبايعين والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (ما تبطل به الشفعة) *

(وتبطل) الشفعة (بترك طلب المواثبة او) بترك طلب (التقرير) حين علم مع القدرة بأن لم يسد أحد فمه أو لم يكن فى الصلاة لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الاعراض (و) تبطل أيضا (بالصلح) أى بصلح المشترى الشفيع (من الشفعة على عوض) لانه أخذ الاعتياض عن حق ليس بمال فسقط حقه (وعليه) أى على الشفيع (رده) أى رد العوض لانه رشوة (و) تبطل أيضا (بموت الشفيع) قبل الاخذ بعد الطلب أو قبله فلا تورث عنه وقال الشافعى لا تبطل لانها حقه والوارث يخلفه فى حقوقه ولنا ان حق الشفعة حق التملك وهو حق قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته (لا) تبطل بموت (المشترى) لوجود المستحق (و) تبطل أيضا (ببيع) الشفيع (ما يشفع به) وهو الدار التى يشفع بها (قبل القضاء) أى قبل حكم الحاكم (بالشفعة) لزوال سبب الاستحقاق ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع داره بشراء المشفوعة أو لم يكن عالما لانه لا يختلف فى الحالين فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم ببيعها أو لم يعلم وكذا ابراء الغريم لان ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق ولا تبطل ان كان بالخيار لبقاء السبب (ولا شفعة لمن باع) أى للذى باع بالوكالة بأن كان الشفيع وكيلا لبائع الدار المشفوعة لانه موكل باتمام البيع وفى أخذه بالشفعة نقض ما وكل باتمامه وعند الثلاثة تجب له الشفعة (أو بيع له) أى أو لمن بيع له والضمير فى له يرجع الى من يعنى بيع العقار لاجله بأن كان البائع مضاربا فباع الدار ليس لرب المال الشفعة فيها لان البيع له وكذا اذا كان عبدا مأذونا له فى التجارة فباع الدار ليس للمولى الشفعة فيها لما ذكرنا (أو ضمن) الشفيع (الدرك) وهو تبعة الاستحقاق (عن البائع) لا تجب له الشفعة لانه بضمانه له الدرك ضمن له أن تحصل له الدار وذلك لا يكون الا بتركه للشفعة وفى أخذه بها ابطال ذلك وعند الثلاثة تجب (ومن ابتاع) أى اشترى (أو ابتيع له) أى أو اشترى لاجله والضمير فيه يرجع الى من (فله الشفعة) اما اذا اشترى بطريق الوكالة وهو شفيع فله الشفعة لانه ليس فيه ابطال شرائه بل فيه تقرير

من

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

من جهته لان الاخذ بالشفعة مثل الاخذ بالشراء وأما اذا اشترى له فكذلك كالمضارب اذا اشترى العقار من مال المضاربة ورب المال شفيعها كان لرب المال الشفعة وكذا العبد المأذون اذا اشترى فللمولى الشفعة اذا كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين فلا فائدة بالاخذ لانه ملكه ولم يتعلق به حق غيره (وان قيل للشفيع انها) أى الدار (بيعت بألف درهم (فسلم) شفيعها الاجل الاستكثار (ثم علم أنها) اى الدار (بيعت بأقل) من الالف (او علم أن الدار بيعت (ببرّ اوشعير قيمته الف) درهم (او اكثر) من الالف (فله الشفعة) لان التسليم لم يصادف على الوجه المستحق لانه كان للاستكثار أو لتعذر الجنس فلم يصح وهكذا الحكم فى كل موزون أومكيل أوعددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف أو اكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم أودنانير فلا يظهر فيه التيسر (ولو بان) أى ظهر (انها) اى الدار (بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة) لانهما جنس واحد فى الثمنية وقال زفر والثلاثة هو على شفعته لانهما جنسان حقيقة (وان قيل له) اى للشفيع (ان المشترى فلان (فسلم) شفعته اما اكرامًا له اوخوفًا من شره (فبان) اى ظهر (أنه غيره فله الشفعة) لما ذكرنا ولو ظهر ان المشترى هو مع غيره كان له ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد فى حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة فى الكل (وان باعها) اى وان باع رجل داره (الا ذراعًا) استثناه (فى جانب الشفيع فلا شفعة له) لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق وهذه حيلة لاسقاط الشفعة (وان ابتاع) أى وان اشترى (منها) اى من الدار (سهمًا) بثمن معين (ثم ابتاع) أى اشترى (بقيتها) أى بقية الدار (فالشفعة) تثبت (للجار فى السهم الاول فقط) لان الشفيع جار والمشترى شريك فى الباقى فيقدم عليه ولو أراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهمًا والباقى بدرهم فلا يرغب الجار فى أخذ السهم الاول لكثرة الثمن لاسيما اذا كان السهم الاول جزأ قليلا كالعشر مثلا أو أقل (وان ابتاعها) أى وان اشترى الدار (بثمن ثم دفع) الى البائع (ثوبا عنه) أى عن الثمن (فالشفعة) تجب للشفيع (بالثمن لا بالثوب) لان الثوب عوض عما فى ذمة المشترى فيكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول (ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة و) اسقاط (الزكاة) عند أبى يوسف وعند محمد تكره لانهما وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام وبه قال الشافعى ولابى يوسف انه يحتال لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لذلك مشروعة وان كان غيره يتضرر فى ضمنه وهو رواية عن أبى حنيفة ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب وأما بعده فمكروه بالاجماع وقيل لا تكره الحيلة بمنع وجوب الشفعة بالاجماع وانما الخلاف فى فصل الزكاة والمختار عندى أن لا تكره فى الشفعة دون الزكاة (وأخذ البعض يتعدد بتعدد المشترى لا) يتعدد (بتعدد البائع) صورته أن المشترى اذا تعدد بأن اشترى جماعة عقارًا والبائع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى وان تعدد البائع بأن باع جماعة عقارًا مشتركا بينهم والمشترى واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق أن فى الوجه الثانى بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر

وفى الوجه الاوّل يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرّق الصفقة ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان قبل القبض أو بعده على الصحيح (وان اشترى) رجل (نصف دار غير مقسوم) وقاسم المشترى البائع (أخذ الشفيع حظ المشترى) أى نصيبه الذى حصل له (بقسمته) وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت بحكم أو بالتراضى لانها من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع لما نقلت فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرّفاته فكذا نقض قسمته قلت فيها افراز من وجه ولهذا يجرى فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجرى فيها أحكام البيع من ردّ بعيب أو خيار رؤية فبالنظر الى هذا يملك وبالنظر الى ذلك لا يملك فلا يملك بالشك ثم اذا لم يكن له نقض قسمته كان له أن يأخذ نصيب المشترى فى أى جانب كان وعن أبى حنيفة انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لانه لم يبق جارا فيما يقع فى الجانب الآخر (وللعبد المديون الآخذ بالشفعة من سيده) صورته رجل باع دارا وللبائع عبد مأذون له فى التجارة وعليه دين يحيط بماله ورقبته فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة لانه كالاجنبى عنه حالتئذ (كعكسه) أى كعكس الحكم المذكور وهو ما اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بائع لانّ بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له على ما مرّ بخلاف ما اذا اشترى لانه ابتيع له وقد مرّ أنّ من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته (وصح تسليم الشفعة من الاب والوصى والوكيل) عندهما وقال محمد لا يجوز والصبىّ على شفعته اذا بلغ والموكل كذلك اذا بلغه الخبر لانه حق ثابت لهما فلا يملكان ابطاله وبه قال زفر ولهما انّ هذه فى معنى المبادلة وهما يملكانها وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصى عند العلم بالشراء وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فى مثله قيل جاز التسليم بالاجماع لانّ النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبىّ وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبى حنيفة لا يصح تسليم الاب والوصى ولا رواية عن أبى يوسف والمراد بالوكيل هنا الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بالشفعة انما يصح تسليمه اذا كان فى مجلس القاضى عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يصح فى مجلس القاضى وغيره وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه أصلا ولو أقرّ هذا الوكيل على موكله بأنه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عندهما اذا كان فى مجلس القاضى وان كان فى غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال أبو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وهى مسئلة اقرار الوكيل بالخصومة وموضعها فى كتاب الوكالة والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (القسمة)

هى فى اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء ومعناها رفع الشيوع وقطع الشركة وفى الشرع (هى) أى القسمة (جمع نصيب شائع فى) نصيب (معين) وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص (وتشتمل) القسمة (على) معنى (الافراز) وهو التميز (و) على معنى (المبادلة) وعند مالك فيما اتحد جنسا وصفة افراز وفى غيره مبادلة وعند الشافعى وأحمد افراز فى الكل وعن الشافعى بيع فى الكل (وهو) أى التميز (الظاهر فى المثلى) أى فيما له مثل

كالمكيل والموزون والعددى المتقارب ثم أشار الى ماتفرع عليه بالفاء بقوله (فيأخذ) أى أحد الشريكين (حظه) أى نصيبه (حال غيبة صاحبه) وهو الشريك الآخر (وهى) أى المبادلة هى الظاهرة (فى غيره) أى فى غير المثلى كالثياب والعقار والحيوان واذا كان كذلك (فلا يأخذ) أحد الشريكين نصيبه حال غيبة صاحبه لان كل ما يأخذه أحدهما عوض عما فى يد صاحبه من نصيبه فلا يكون الا بحضورهما كالبيع (ويجبر) الآبى من الشركاء (فى متحد الجنس) كالغنم والثياب الصوف مثلا (عند طلب أحد الشركاء القسمة (لا) يجبر (فى غيره) أى فى غير متحد الجنس كالغنم مع الابل والبر مع الشعير (وندب) أى استحب (نصب) رجل (قاسم) يكون (رزقه من بيت المال) لان منفعته للعامة كالقضاة والمفتين والمقاتلة فتكون كفايته من بيت المال لانه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء (ليقسم) بين الناس (بلا) أخذ (اجر) منهم لكونه أرفق بالناس وأبعد من التهمة (والا) أى وان لم يتيسر نصب قاسم رزقه من بيت المال (فينصب قاسم يقسم) بين الناس (بأجر) يأخذه منهم (بعدد الرؤس) عند أبى حنيفة وعندهما على قدر الانصباء حتى اذا كانت دار بين ثلاثة نفر لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس وقسمها بينهم بالاجرة تكون اثلاثا على كل واحد ثلث عنده لان الاجرة على قدر المؤنة وقالا على قدر الملك اسداسا ثلاثة أسهم من ستة على صاحب النصف وسهمان من ستة على صاحب الثلث وسهم على صاحب السدس كأجرة حمل حنطة مشتركة بينهم هكذا وبه قال الشافعى وأحمد واصبغ المالكى (ويجب أن يكون) القاسم (عدلا) لانه من جنس عمل القضاة (أمينا) لانه يعتمد على قوله فتشترط الامانة لتطمئن القلوب (عالما بالقسمة) لان القدرة على القسمة تعتمد على العلم بها (ولا يتعين) فى القسمة (قاسم واحد) لانه يتحكم فى الزيادة على أجر مثله ولهذا لا يجبرهم الحاكم ان يستأجروه (ولا يشترك القسام) بضم القاف وتشديد السين جمع قاسم أى يمنعهم القاضى من الاشتراك كيلا يتضرر الناس لان الأجرة تصير بذلك غالية لانهم اذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الأجر بسبب ذلك (ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا) أى حتى يقيموا البينة (على الموت) أى موت مورثهم (و) على (عدد الورثة) عند أبى حنيفة لان هذا قضاء على المورث باقرارهم وانه لا يجوز وقالا يقسم باعترافهم ويذكر فى كتاب القسمة ذلك يعنى انه قسمها بينهم بقولهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا يتعدى الى شريك لهم آخر وبه قال أحمد والشافعى فى قول (ويقسم فى المنقول) الموروث (والعقار المشترى و) فى (دعوى الملك) بقولهم وان لم يذكروا كيفية الانتقال اليهم من غير اقامة البينة أما فى المنقول فلان فى قسمته نظرا لهم لانه يخشى عليه التلف وفى القسمة حفظه وأما فى العقار فلان من فى يده شئ فالظاهر أنه له وفى رواية لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لجواز أن يكون فى أيديهم والملك للغير والاول أصح وأما فى دعوى الملك فلانه ليس فى القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم فيجوز (ولو برهنا) أى لو أقام رجلان بينة (ان العقار فى أيديهما) وطلبا القسمة (لم يقسم حتى يبرهنا) أى حتى يقيما البينة (انه) أى أن العقار ملك (لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما وهذه المسئلة بعينها هى المسئلة السابقة وهى قوله ودعوى الملك لان المراد فيها هو أن يدعوا الملك

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدورى وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه مايدل على ذلك والافتقع المسئلة مكررة يتحاشى عنه مثل هذا المختصر (ولو برهنا) أى الاثنان أى أقاما بينة (على الموت) أى على موت المورث (وعدد الورثة و) الحال ان (الدار فى أيديهم) أى فى أيدى الورثة (ومعهم) أى مع الورثة (وارث غائب أو صبى) وفى بعض النسخ فى أيديهما ومعهما (قسم) العقار بينهم (و) لكن (نصب وكيل أو وصى يقبض نصيبه) أى نصيب الغائب أو نصيب الصبى فالوكيل للغائب والوصى للصبى ولابد من اقامة البينة عند أبى حنيفة وعندهما يقسم بقولهم على مامر (ولو كانوا) أى الشركاء فى العقار (مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار فى يد الوارث الغائب) فى المسئلة السابقة (أو حضر وارث واحد) من الورثة وطلب القسمة (لم يقسم) اما فى الاول فلان الملك ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لانه ملك خلافه حتى يرد بالعيب فيما اذا اشتراه المورث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير هو مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه وصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفى الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل ولا يقضى عليه وأما الثانى فلانه لو قسم يكون قضاء من غير خصم وانه لا يجوز ولا فرق فى هذه الصورة بين اقامة البينة وعدم اقامتها هو الصحيح وأما فى الثالث فلانه لابد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما ومقاسما ومقاسما وعند الثلاثة يقسم فى الفصول كلها وهو رواية عن أبى يوسف أيضا (وقسم) العقار (بطلب أحدهم) أى احد الشركاء (لو انتفع كل واحد منهم (بنصيبه) بعد القسمة لانها حق لازم فيجاب اليها (وان تضرر الكل) أى كل الشركاء بالقسمة كما فى نحو البئر والرحى والحائط والحمام (لم يقسم) حينئذ (الا برضاهم) أى برضا الكل لان القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويته فيعود على موضوعه بالنقض (وان انتفع البعض) أى بعض الشركاء بالقسمة (وتضرر البعض لقلة حظه) أى نصيبه (قسم بطلب ذى الكثير) أى صاحب الحظ الكثير (فقط) يعنى لا يقسم بطلب صاحب الحظ القليل لان صاحب الكثير ينتفع بالقسمة فيعتبر طلبه وصاحب القليل لا منفعة له فلم يعتبر طلبه وقيل الحكم على العكس وماذكره فى المتن هو الصحيح وقال ابن أبى ليلى لا يقسم فى الوجهين وهو رواية عن مالك (وتقسم العروض) اذا كانت (من جنس واحد) لاتحاد المقاصد فيحصل التعديل فى القسمة (ولا يقسم الجنسان) الا بالتراضى لاختلاف المقاصد فلا تكون القسمة تميزا بل معاوضة ولا بد فيها من التراضى وهذا بالاجماع (و) لا يقسم (الجواهر) أيضا جبرا لفحش التفاوت فيها وقيل لا تقسم الكبار منها وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا يقسم وان اتحد يقسم كسائر الاجناس (و) لا يقسم (الرقيق) أيضا من غير تراض عن أبى حنيفة وعندهما يجوز لاتحاد الجنس فصار كالابل والخيل والغنم وبه قالت الثلاثة وله ان عدم قسمة الرقيق لمعانيها الباطنة ولا وقوف عليها ولا يمكن التعديل فلا يقسم الا بتراض وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط أو اناث فقط وأما

اذا

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع (و) لا يقسم (الحمام والبئر والرحى الا برضاهم) أى الا برضا الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم (دور مشتركة) بين اثنين أو أكثر (أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل) واحد من الدور ومن الدار والضيعة ومن الدار والحانوت (على حدة) ولا تقسم قسمة واحدة اما الدور المشتركة فالمذكور قول أبى حنيفة فانه اذا كان لرجلين دور أو داران فى مصر واحد وطلبا من القاضى قسمتها فانه يقسم كل دار على حدة ولا يقسمها قسمة واحدة الا بتراضيهما وقالا ان رأى القسمة أصلح يقسم بعضها فى بعض لانها من جنس واحد فصار كبيتين فى دار واحدة وله انها تتفاوت بالمكان والجيران تفاوتا فاحشا ومبناها على التساوى وعلى هذا الخلاف الاراضى المشتركة والدور فى مصرين لا تقسم بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد انها تقسم وأما الدار والضيعة أو الدار والحانوت فلاختلاف الجنس فيتوهم فيه الربا (ويصور القاسم) على قرطاس ونحوه (ما يقسمه ويعدله) أى يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) لان قدر المساحة يعرف بالذرع (ويقوم البناء) لان المالية تعرف بالتقويم (ويفرز) أى يميز (كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل (ويلقب الانصباء بالاول والثانى والثالث) والرابع والخامس وهلم جرا (ويكتب أساميهم) أى أسامى الشركاء ويجعلها بطاقات ويطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها فى طين ثم يخرجها اذا نشفت وهى مثل البندقة ثم يدلكها ثم يجعلها فى وعاء أو فى كمه ثم يخرج (ويقرع) لتطييب القلوب (فمن خرج) من هؤلاء (اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى) الى أن ينتهى فان قلت تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام قلت لا نسلم ذلك فان الاستحقاق كان ثابتا قبله وانما صير اليه لتطييب قلوبهم وهذا ليس بقمار وانما القمار اسم لما يأخذون به شيأ لم يكن لهم قبل ذلك لا مثل هذه فانها مشروعة كما أخبر الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما السلام والقمار غير مشروع (ولا يدخل فى القسمة الدراهم الا برضاهم) صورته أن يقول أحد الشركاء نجعل قيمة البناء بذرع من العرصة وقال بعضهم نجعل قيمة البناء على الدراهم فان القاضى يقسمها على الذرع لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم فى الملك لا فى الدراهم فلا تجوز قسمة ما ليس بمشترك فان فعل ذلك برضاهم جاز وقال مالك اذا كانت دراهم كثيرة أفسدت القسمة وفى بعض مشكلات القدورى قال صورة المسئلة والله أعلم اقتسموا عرصة الدار فوقع فى نصيب أحدهم البناء لم يدخل فى القسمة فانه لا يكلف أن يرد قيمة نصيب الباقين من البناء من الدراهم او وقع فى نصيب أحدهم فضل لا يقال له أن يرد الدراهم على الباقين من دراهم من عنده (فان قسم ولاحدهم) أى لاحد الشركاء (مسيل) ماء (أو طريق) المرور (فى ملك الآخر) الحال أنه (لم يشترط) ذلك (فى القسمة صرف) المسيل أو الطريق (عنه) أى عن الآخر (ان أمكن) صرفه تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك (والا) أى وان لم يمكن صرفه عنه (فسخت القسمة) بالاجماع لاختلالها وتستأنف لان المقصود تمليك المنفعة ولا يكون ذلك الا بالطريق والمسيل (سفل له علو) يعنى بيت

فوقه بيت مشترك كان بين الاثنين (وسفل مجرد) يعني بيت فوقه بيت ولكن السفل مشترك بينهما والعلو لآخر (وعلو مجرد) يعني بيت فوق بيت ولكن السفل لشخص والعلو مشترك بينهما (قوم كل) واحد من السفل والعلو ومن السفل وحده ومن العلو وحده (على حدة) عند محمد (وقسم بالقيمة) لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وعليه الفتوى وبه قالت الثلاثة وعند أبي حنيفة يجعل ذراعان من علو لا سفل له بذراع من سفل لا علو له وعند أبي يوسف يجعل ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره فان أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد أجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة بينهم فان أبا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي أيضا تبقى بعد انهدام العلو بخلاف العلو وأبو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب السفل والعلو أن يفعل ما لا يضر بالآخر حتى كان لصاحب العلو أن يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل أن يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل أكثر كما في الكوفة والشأم ويختلف أيضا باختلاف الارض والاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة فيهما الا بالقيمة ثم قول محمد لا يحتاج الى تفسير وتفسير قول أبي حنيفة أن يجعل بازاء مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له ثلاث وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل وبازاء مائة ذراع من السفل الذي لا علو له ستة وستون ذراعا وثلثا ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل الذي لا علو له او مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له لان السفل والعلو عنده سواء (وتقبل شهادة القاسمين) بفتح الميم (ان اختلفوا) أي الشركاء بعد القسمة بان أنكر بعضهم استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كان من جهة القاضي أو غيره وهذا عندهما وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قالت الثلاثة لانهما يشهدان على فعل أنفسهما فأورثت التهمة ولهما أنه شهادة على فعل غيرهما وهو الاستيفاء لا على فعل أنفسهما وهو التمييز هذا اذا قسما مجانا ولا يجران لهما نفعا قال الطحاوي اذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة اجماعا وقيل الخلاف في الكل وهو الاصح ولذا أطلق في الكتاب (ولو ادعى أحدهم) أي أحد الشركاء (أن من نصيبه شيأ في يد صاحبه و) الحال أنه (قد أقر) أولا (بالاستيفاء) أي باستيفاء نصيبه (لم يصدق) في دعواه (الا ببينة) لانه يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة استحلف الشركاء فمن حلف فقد برئ ومن نكل جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما (وان قال) المدعي المذكور (استوفيت) حقي (وأخذت بعضه صدق خصمه بحلفه) يعني القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر (وان لم يقر بالاستيفاء وادعى ان ذا) أشار به الى ما في يد

صاحبه

صاحبه (حظه) أى نصيبه (و) أنه (لم يسلم اليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) كالاختلاف فى المبيع والثمن وعند مالك القول لصاحب اليد (ولو ظهر غبن فاحش) وهو الذى لايدخل تحت تقويم المقومين (فى القسمة تفسخ) سواء كانت بقضاء القاضى أو التراضى وقيل اذا كانت بالتراضى لايلتفت الى قول من يدعيه كما فى البيع والاول أصح (ولو استحق بعض شائع من حظه) أى من نصيبه (رجع بقسطه) أى بقسط المستحق (فى حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف تفسخ القسمة لعدم تحقق الافراز باستحقاق النصيب الشائع وبه قال الشافعى وأحمد وهو قول محمد فى رواية أبى سليمان وروى أبو حفص أنه مع أبى حنيفة وهو الاصح فالقدورى أثبت الخلاف فيما اذا استحق نصيب معين والصحيح أن الاختلاف فيما اذا استحق بعض شائع واما اذا استحق نصيب معين من نصيب أحدهما بعد ان اقتسما لم تفسخ القسمة لبقاء مقتضاها وهو التميز والافراز وعدم الضرر ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاجماع توضيحه فيما اذا كان الاستحقاق فى بعض نصيب أحدهما بعينه بأن كان لاحدهما ثلاثة كروم وللآخر ثلاثة مثلها بالقسمة فاستحق كرم معين من أحدهما فان صاحب الثلاثة يعطى للذى استحق عليه نصف كرم من كرومه الثلاثة حتى يكون لهذا كرمان ونصف ولهذا كرمان ونصف (ولو تهايآ) من المهايأة وهى أن يتواضعا على أمر فيتراضيا به وفى الشرع هى عبارة عن قسمة المنافع وهى جائزة استحسانا وان كان القياس يأباها ثم لو تهايآ (فى سكنى دار) على أن يسكن أحدهما فى بعضها والآخر فى البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل (أو) فى سكنى (دارين) على أن يسكن كل أحد منهما دارا (أو) تهايآ فى (خدمة عبد) على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما (أو) فى خدمة (عبدين) على أن يخدم هذا العبد هذا وهذا العبد هذا (أو) تهايآ فى (غلة دار) على أن يأخذ هذا شهرا وهذا شهرا (أو) تهايآ فى غلة (دارين) على أن يأخذ هذا غلة هذه وهذا غلة هذه (صح) التهايؤ فى هذه الوجوه الستة الاول يجوز بالاتفاق لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة وقيل يجوز عنده بالتراضى ولا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه أنه لايجوز التهايؤ اصلا لا بالجبر ولا بالتراضى لانه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لايجوز والثانى أيضا يجوز بالاتفاق وكذا الثالث يجوز بالاتفاق والرابع يجوز على الاصح وعند أبى حنيفة انه لايجوز الا بالتراضى لان قسمة الرقيق لايجرى فيها الجبر عنده فكذا منفعته والاصح أن القاضى يهايئ بينهما جبرا بطلب أحدهما والخامس يجوز بالاتفاق والسادس فيه خلاف والاظهر أنه يجوز بالاتفاق ولو زادت غلة الدار الواحدة فى نوبة أحدهما على الغلة فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة تحقيقا للتعادل بخلاف الزيادة فى المنافع وبخلاف الزيادة فى غلة احدى الدارين حيث لايشتركان فيها لانه يحمل على القرض وقال صاحب الهداية ولو زادت الغلة فى نوبة أحدهما عليها فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة لتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما فى نوبته زيادة لان التعديل بما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز أيضا فى ظاهر الرواية ولو فضل غلة أحدهما لايشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق أن فى الدارين معنى التميز

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول أى وصول المنفعة فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل (ولو) تهايا (فى غلة عبد او) فى غلة (عبدين او) تهايا فى غلة (بغل او) فى غلة (بغلين او) تهايا (فى ركوب بغل او) فى ركوب (بغلين او) تهايا فى (ثمر شجرة او) تهايا فى (لبن غنم لا) يجوز فى هذه الوجوه الثمانية الاول يجوز بالاتفاق لانه لا يتأتى الا فى زمانين فيتوهم تغيره بخلاف التهايؤ فى خدمته لجريان المسامحة فيها الثانى لا يجوز عند أبى حنيفة لان التهايؤ فى الخدمة جوز للضرورة ولا ضرورة فى الغلة لانه يمكن قسمتها وقالا يجوز لامكان التعادل بينهما الثالث لا يجوز بالاتفاق والرابع لا يجوز عند أبى حنيفة خلافا لهما والخامس والسادس على الخلاف والسابع والثامن لا يجوز بالاتفاق لانها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ بخلاف لبن ابن آدم حيث يجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايأ أن ترضع احداهما ولد أحدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن بنى آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع والحيلة فى الثمار ونحوها أن يشترى نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المزارعة)

هى مفاعلة من زارع من الزرع وهو القاء الحب ونحوه فى الارض وفى الشرع (هى) أى المزارعة (عقد على الزرع ببعض الخارج) وتسمى المخابرة والمحاقلة ويسميها أهل العراق القراح (وتصح) المزارعة (بشرط صلاحية الارض للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (و) بشرط (أهلية العاقدين) وهما رب الارض والمزارع لان العقد لا يصح الا من الاهل (و) بشرط (بيان المدة) قدرما يتمكن فيها من الزراعة أو أكثر وأن لا تكون قدرما لا يعيش اليه مثلهما أو مثل أحدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة ويقع على سنة واحدة وبه أخذ الفقيه أبو الليث (و) بشرط بيان (رب البذر) يعنى من عليه البذر لان المعقود عليه وهو منافع العامل أو منافع الارض لا يعرف الا ببيان من عليه البذر (و) بشرط بيان (جنسه) أى جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة (و) بشرط بيان (حظ الآخر) أى نصيبه لانه لا بذر من جهته وله أجرة عمله أو أرضه فلا بد أن يكون معلوما (و) بشترط (التخلية) بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل حتى اذا شرط فى العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح (و) بشرط (الشركة فى الخارج) لانه هو المقصود بها فتنعقد اجارة فى الابتداء وتتم شركة فى الانتهاء ولهذا لو شرط لاحدهما قفزان مسماة تفسد لانه يؤدى الى قطع الشركة فى البعض المسمى او فى الكل اذا لم تخرج الارض أكثر من ذلك وكذا اذا شرط أن يدفع قدر بذره (و) بشرط (أن تكون الارض والبذر لواحد و) أن يكون (العمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد و) يكون (الباقى) وهو البذر والبقر والعمل (لآخر أو يكون العمل لواحد و) يكون (الباقى) وهو البذر والبقر والارض (لآخر) فهذه ثلاث صور من جملة شروط المزارعة على قول من يجيزها ففى الصورة الاولى يكون صاحب البذر والارض مستأجرا للعامل وبقره تبع له وفى الثانية يكون صاحب البذر مستأجرا للارض

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

بأجر معلوم من الخارج فيجوز وفي الثالثة يكون صاحب البذر مستأجراً للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلومة من الخارج فيجوز وهذا كله على قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تجوز المزارعة لانه عليه أفضل الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استئجار ببعض الخارج من عمله فتكون في معنى قفيز الطحان وبه قال الشافعي ومالك ولهما ماروى أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع وعليه عمل الصحابة والتابعين رضي الله عنهم ومن بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير وبه قال أحمد وعليه الفتوى (فان كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر او كان البذر لاحدهما والباقي) وهو العمل والارض والبقر (لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقي) وهو الارض والعمل (لآخر أو شرطا) أي المتعاقدان (لاحدهما قفزانا مسماة) وهو جمع قفيز وهو اسم لمقدار معلوم وهو ثمانية مكاكيك (أو) شرطا لاحدهما (ما على الماذيانات) وهو جمع ماذيان وهو فارسي معرب وهو اصغر من النهر وأعظم من الجدول (والسواقي) جمع ساقية وهو فوق الجدول دون النهر كذا قال في المغرب فعلى هذا يكون الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة والربيع النهر الصغير وانما تفسد المزارعة ههنا لانه يحتمل أن لا يحصل الربيع الا منها فيؤدي الى قطع الشركة وقد حدث الطحاوي في شرح معاني الآثار باسناده الى رافع بن خديج قال كنا بني حارثة أكثر أهل المدينة حقلا وكنا نكري الارض على أن ما سقى الماذيان والربيع فلنا وما سقت الجداول فلهم فربما سلم هذا وهلك هذا ولم يكن عندنا يومئذ ذهب ولا فضة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهانا (أو) شرطا (أن يرفع رب البذر بذره او) شرطا (أن يرفع الخراج) الموظف بأن كان الموضوع على الارض دراهم مسماة وأما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بأن كان الموضوع عليها نصف الخارج أو ثلثه أو نحو ذلك من الجزء الشائع فان اشترط رفعه لا تفسد المزارعة لانه لا يؤدي الى قطع الشركة (و) يكون (الباقي بينهما فسدت) المزارعة في هذه الوجوه السبعة اما الاول فلان صاحب البذر استأجر الارض واشترط البقر على صاحب الارض وهو مفسد لان البقر لا يمكن أن يجعل تبعا للارض وعن أبي يوسف جواز هذا للتعامل فيه وأما الثاني فلان العامل فيه أجير ولا يمكن أن تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل وأما الثالث فلما ذكرنا أنه لا يمكن جعل الارض تبعا للعامل وهنا صورة أخرى لم يذكرها الشيخ رحمه الله تعالى وهي أن تكون البقر من واحد والباقي من آخر قالوا هو فاسد وينبغي أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الارض وحدها وأما البقية فلانه يؤدي الى قطع الشركة في البعض المسمى أو الكل ثم أشار الى الحكم في المزارعة الفاسدة بالفاء بقوله (فيكون الخارج لرب البذر) لانه نماء ملكه (و) يكون (للآخر أجر مثل عمله) ان كان المشروط عليه العمل (أو) يكون أجر مثل (أرضه) ان كان البذر من قبل العامل (ولم يزد) أجر المثل (على ما شرط) له لانه قد رضي بسقوط الزيادة وقال محمد له أجر المثل بالغا ما بلغ وبه قالت الثلاثة وقد مر نظيره ثم قيل ان كان البذر لصاحب الارض طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر وأجر الارض (وان صحت)

المزارعة (فالخارج) يكون (على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم يخرج شئ فلا شئ للعامل) لان استحقاقه بالشركة فى الخارج ولا شركة فى الخارج (ومن ابى) أى امتنع (عن المضى اجبر) لانها انعقدت اجارة وهى عقد لازم (الارب البذر) فانه لا يجبر عند الاباء لانه لا يمكنه المضى الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدرى هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجر ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل أجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر ثم اذا امتنع رب البذر والارض من قبله بعدما كرب المزارع الارض فلا شئ له فى عمل الكراب فى القضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قومه بجزء من الخارج ولا خارج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعطيه اجر مثل عمله كيلا يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيفتى بارضائه بأن يوفيه أجر مثله (وتبطل المزارعة (بموت أحدهما) أى أحد المتعاقدين لانها اجارة وهذا قياس والاستحسان أنه اذا مات أحدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم تبطل فى الباقى فيعمل العامل أو ورثته على حاله فاذا حصد يقسم على ما شرطا ولا ضرورة فى الباقى فتبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فى ذلك اتلاف مال على المزارع فاذا كان على رب الارض دين فادح ولم يقدر على قضائه الا ببيع الارض فسخت المزارعة قبل الزراعة وبيعت بالدين لانها تفسخ بالاعذار وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقويمها بالخارج ولا خارج ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به (فان مضت المدة) أى مدة المزارعة (و) الحال ان (الزرع لم يدرك فعلى المزارع) أى يجب عليه (أجر مثل أرضه حتى يدرك) الزرع ويستحصد لان فى قلعه ضررا فيبقى بأجر المثل الى أن يستحصد ويجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة ولو أراد المزارع أن يأخذ الزرع بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع فارجع عليه بما أنفقت عليه دفعا للضرر عنه ولو مات المزارع قبل ادراك الزرع فلورثته أن يعملوا مكانه وان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل (ونفقة الزرع) تجب (عليهما) أى على المتعاقدين (بقدر حقوقهما) أى على قدر ملكهما بعد انقضاء المدة (كأجر الحصاد) أى كما يجب عليهما أجر الحصاد وهو قطع الزرع (والرفاع) بكسر الراء وهو حمل الزرع بعد الحصاد الى البيدر وهو الجرن فى لغة أهل مصر (والدياس) من الدوس وهو دوس الزرع بالبقر ليخرج الحب (والتذرية) من ذرى يذرى فى الهواء ليخرج الحب ويتميز من التبن ووجوب هذا مطلق من غير قيد بانقضاء مدة الزراعة (فان شرطاه) أى العمل الذى يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد واخواته (على العامل فسدت) المزارعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فتفسد والله أعلم

هذا * (كتاب) فى بيان أحكام (المساقاة) *

وهى مفاعلة من السقى لغة وفى العرف هى معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما (وهى) أى المساقاة (كالمزارعة) حتى لا تجوز عند أبى حنيفة وتجوز عندهما وعند الثلاثة

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

وبه يفتى وشروطها شروط المزارعة فى جميع ماذكرنا الا فى أربعة أشياء أحدها اذا امتنع أحدهما يجبر عليه لانه لا ضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر اذا امتنع والثانى اذا انقضت المدة يترك بلا أجرة ويعمل بلا أجر وفى المزارعة بأجر والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع فى بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة تجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمرة معلوم وقلما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البزر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع (وتصح) المساقاة (فى الكرم والشجر والرطاب) وهو جمع رطبة وهى التى يسميها المصريون البرسيم وقرطا وليابسها دريسا (وأصول الباذنجان) وانما خص الرطاب وأصول الباذنجان بالذكر تنبيها على أنهما من أنواع الشجر لان الشجر اسم لما له ساق ولهما ساق وقال الشافعى فى الجديد لا يجوز الا فى النخل والكرم ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان جوازها بحديث خيبر وهو مخصوص فلا يتعدى ولنا أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع رواه البخارى ومسلم وآخرون وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الاشجار دون بعض (فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة) أى على وجه المساقاة (و) الحال أن (الثمرة تزيد بالعمل صحت) المساقاة (وان انتهت) الثمرة (لا) تصح (كالمزارعة) اذا زارع الزرع وهو بقل جاز وان ادرك واستحصد لم يجز (واذا فسدت) المساقاة (فللعامل أجر مثله) لانها فى معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت (وتبطل) المساقاة (بالموت) أى بموتهما أو بموت أحدهما فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانا كما فى المزارعة وان مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وليس لرب الارض أن يمنعهم من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فاذا أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التى ذكرناها فى المزارعة (وتفسخ) المساقاة (بالعذر كالمزارعة بأن يكون العامل سارقا أو مريضا لا يقدر على العمل) لانها فى معنى الاجارة ولو أراد العامل ترك العمل لا يمكن منه فى الصحيح وقيل يمكن وقيل لا يمكن بالاتفاق والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الذبائح)

(هى) أى الذبائح (جمع ذبيحة وهى) أى الذبيحة (اسم لما يذبح) مجازا باعتبار ما يؤول لان الذبيحة اسم لما ذبح أو لما أعد للذبح (والذبح) فى الشرع (قطع الاوداج) وهو جمع ودج والودج اثنان فقط والمراد الودجان والحلقوم والمرىء وانما قال الاوداج بطريق التغليب كما ورد فى الحديث أفر الاوداج بما شئت وقوله أفر بالفاء من أفريت اذا قطعت (وحل ذبيحة مسلم وكتابى) اما المسلم فلقوله تعالى الا ما ذكيتم بالخطاب للمسلمين واما الكتابى فلقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من أى كافر كان ولا يشترط فيه أن يكون من أهل الكتاب ولا فرق فى الكتابى بين أن يكون ذميا أو حربيا ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابى المسيح أو عزيرا لا يحل (و) كذا حل ذبيحة

(صبي) يعقل التسمية ويضبط شرائط الذبح من فري الاوداج والتسمية والا لا يحل والمعتوه كالصبي اذا كان ضابطا (و) كذا حل ذبيحة (امرأة وأخرس) لانه عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي بل أولى لانه ألزم (و) كذا حل ذبيحة (اقلف) وهو الذي لم يختتن سواء تركه لعذر أولا وكان ابن عباس رضي الله تعالى عنهما يكره ذبيحته وقال الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره وكذلك المجنون يذبح في حال جنونه أو السكران يذبح في سكره فهي مثل ذلك يعني ان كان يعقل المجنون أو السكران التسمية والذبحة جاز والا فلا وفي التفريع للمالكية ولا يجوز ذبيحة السكران ولا المجنون (لا) يحل ذبيحة (مجوسي) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم (و) لا ذبيحة (وثني) لانه مشرك كالمجوسي وهو الذي يعبد الوثن وهو الصنم (و) لا ذبيحة (مرتد) لانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي اذا تنصر أو بالعكس أو تنصر المجوسي أو تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح فحسب لا ما قبله حتى لو تمجس اليهودي لا تحل ذكاته والمتولد بين المشرك والكتابي كالكتابي لانه أخف (و) لا ذبيحة (محرم) في حق الصيد لان فعله فيه غير مشروع وكذا الحلال في صيد الحرم (و) لا ذبيحة (تارك التسمية) حال كونه (عمدا) أي عامدا لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق وقال الشافعي يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولنا ما تلونا وعلى حرمة متروك التسمية عمدا انعقد الاجماع فمن كان قبل الشافعي وهذا القول منه عدخرقا للاجماع وانما كان الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فذهب ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه يحرم ومذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع وما رواه مخالف للدليل القطعي والاجماع فكان مردودا أو نقول انه محمول على حالة النسيان (وحل) المذكى (لو) ترك التسمية حال كونه (ناسيا) وقال مالك لا يحل لما بينا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ومشهور مذهبه كمذهبنا (وكره أن يذكر مع اسم الله غيره) أي غير اسم الله موصولا من غير عطف مثل أن يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لانه غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل وقيل هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه أن لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف والوصل نحو أن يقول بسم الله واسم فلان أو بسم الله وفلان أو بسم الله ومحمد رسول الله بالخفض فتحرم الذبيحة ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا في النصب ويكره فيهما بالاتفاق (و) كره أيضا (أن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) أو قال تقبل مني لمشاركة (ولو قال) هذا القول (قبل التسمية والاضجاع) أي اضجاع المذبوح (جاز) ولا يكره لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا تحل في الاصح لانه يريد الحمد على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة وما

تداولته

تداولته الالسن عند الذبح وهو قولهم بسم الله والله أكبر منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن عباس رضي الله عنهم مثله وذكر الحلواني المستحب أن يقول بسم الله الله أكبر بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية قلت ان كان المنقول بالواو فلا يكره (والذبح) المستحق أن يكون (بين الحلق واللبة) بفتح اللام والباء المشددة وهو رأس الصدر وفي الجامع ولا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه ماروي انه عليه الصلاة والسلام بعث مناديا ينادي في فجاج منى ألا ان الذكاة في الحلق الحديث رواه الدارقطني ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد انه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو اسفل منه يحرم لانه ذبح في غير المذبح ذكره في الواقعات وفي فتاوى سمرقند قصاب ذبح شاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها وفي فوائد الرستغفني انه سئل عن ذبح شاة بقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر اتؤكل أم لا قال هذا قول العوام بين الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس او مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج وفي الغاية وهذا صحيح لانه لا اعتبار بكون العقدة من فوق أو من تحت الاترى الى قول محمد بن الحسن في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله اسفل الحلق أو وسطه أو اعلاه فاذا ذبح في الاعلى لا بد ان تبقى العقدة من تحت ولم يلتفت الى العقدة لا في كلام الله ولا في كلام رسوله بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث (والمذبح) أي موضع الذبح الذي يستحق قطعه أربعة أشياء وهي (المرئ والحلقوم والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق والمرئ مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس وفسر صاحب الهداية الحلقوم بمجرى العلف والمرئ بمجرى النفس وهكذا فسر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال المرئ عرق أحمر مجرى النفس وقال صاحب الكشاف في تفسير سورة الاعراف الحلقوم مدخل الطعام والشراب وفسر القدوري بخلاف ذلك في شرح مختصر الكرخي فقال الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى الطعام والودجان مجرى الدم وهو الاصح يؤيده قوله تعالى فلولا اذا بلغت الحلقوم وقال في ديوان الادب المرئ الذي يدخل فيه الطعام والشراب وقال في المغرب المرئ مجرى الطعام والشراب وقال في الجمهرة مرئ الانسان وغيره مجرى الطعام الى جوفه وقال صاحب المطالع المرئ مجرى الطعام مهموز وغير القراء لا يهمزه (وقطع الثلاث) من هذه الاربعة أي ثلاث كانت (كاف) في الجواز عند أبي حنيفة لقيام الاكثر مقام الكل وهو قول أبي يوسف أولا وعن أبي يوسف انه يشترط قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين لان الحلقوم أصل وكذا المرئ أصل والودجان جنس واحد وعند محمد لا بد من قطع الاكثر من كل فرد بالحديث والاكثر يقوم مقام الكل وبه قال مالك وعند الشافعي الشرط قطع الحلقوم والمرئ ولا يشترط قطع الودجين وبه قال أحمد (ولو) كان الذبح (بظفر وقرن وعظم وسن) وهو واصل بما قبله يعني يجوز الذبح ولو كان بهذه الاشياء وقال الشافعي لا يجوز والمذبوح بهذه الاشياء ميتة لا يحل أكلها لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ماخلا الظفر والسن فانها مدى الحبشة وبه قال أحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنهر الدم أي

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

أسله و يروى أفرالاوداج بماشئت ومارواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اظهار اللجلد وقوله (منزوع) صفة السن قيد به لانه اذا لم يكن منزوعا لايجوز كما يأتى الآن وكذلك الشرط فى الظفر أن يكون منزوعا وانما لم يقيده اكتفاء بقوله الاسنا أو ظفرا قائمين (وليطة) بالجر عطفا على قوله بظفر أى يجوز الذبح أيضا بليطة بكسر اللام وسكون الياء آخر الحروف وهى قشر القصب اللازقة به والجمع ليط (ومروة) أى ويجوز الذبح أيضا بمروة وهى قطعة من الصخر محددة (وما أنهر الدم) عطف على ماقبله من المجرورات أى يجوز الذبح أيضا بكل شئ أنهر أى أسال الدم لقوله عليه السلام أنهر الدم بماشئت (الاسنا وظفرا قائمين) أى متصلين بموضعهما فانه لايجوز الذبح بهما لقوله عليه السلام فى حديث رافع بن خديج اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة رواه البخارى ومسلم وتأويله اذا كان قائما يدل عليه قوله عليه السلام اما الظفر فمدى الحبشة لانهم كانوا يذبحون بالقائم منه (وندب) أى استحب (حد الشفرة) وهى السكين العريض لقوله عليه السلام فى حديث أخرجه مسلم وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته (وكره النخع) بفتح النون وسكون الخاء المعجمة وهو أن يصل الى النخاع وهو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة لورود النهى عن ذلك وقيل تفسيره أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب (و) كره أيضا (قطع الرأس) لان فيه زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة (و) كره (الذبح) أيضا (من القفا) لان فيه زيادة ألم ويحل اذا بقيت حية حتى يقطع العروق لتحقق الموت بما هو ذكاة وان ماتت قبل قطع العروق لاتؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة وعند مالك وأحمد لايحل مطلقا وكذا يكره ان تسلخ قبل أن تبرد وان تجر الى المذبح وكل ذلك مكروه وتؤكل (وذبح صيد استأنس) كالظبى اذا تألف فى البيت فانه يذبح لان ذكاة الاضطرار لايصار اليها الا عند العجز عن ذكاة الاختيار (وجرح نعم) مثل الغنم والابل والبقر (توحش) بأن ند عن أهله ودخل فى البادية وصار وحشيا لان ذكاة الاختيار تعذرت فيذكى بالجرح فى بدنه حيث اتفق كالصيد (أوتردى) حيوان (فى بئر) وحصل العجز عن الوصول اليه ليذبح فانه يجرح ويؤكل اذا علم بموته من الجرح والا وان اشكل ذلك أكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف موتها صار ذكاتها الجرح ثم ان الشيخ أطلق الجواب فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى وعن محمد ان الشاة اذا ندت فى المصر لاتحل بالعقر وان ندت فى الصحراء تحل بالعقر وفى الابل والبقر يتحقق العجز فى المصر والصحراء فيحل بالعقر والصيال كالندود اذا كان لايقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته وسمى حل أكله وقال مالك لايحل النعم الاهلى بذكاة الاضطرار لان العجز فيه عن ذكاة الاختيار نادر والنادر لاحكم له ولنا ماروى عن رافع بن خديج رضى الله عنه قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فند بعير من ابل القوم ولم يكن معهم خيل فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخارى ومسلم (وسن نحر الابل) وهو قطع العروق فى أسفل العنق (وذبح البقر والغنم) وهو قطع العروق فى أعلى العنق تحت اللحيين موافقة للسنة المتواترة قال الله تعالى ان الله يأمركم ان

تذبحوا

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

تذبحوا بقرة وقال وفديناه بذبح عظيم وقال فصل لربك وانحر جاء في التفسير أى انحر الجزور (وكره عكسه) أى عكس الحكم المذكور وهو ذبح الابل ونحر البقر والغنم لترك السنة المتواترة (و) لكن (حل) لحصول المقصود وهو تسييل الدم وقال مالك لا يحل عند عدم الضرورة والحجة عليه ما بيناه (ولم يتذك جنين بذكاة أمه) يعنى لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها عند أبى حنيفة وقالا ان تم خلقه أكل لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه وبه قالت الثلاثة وله أن ذكاة أمه منصوب بنزع الخافض وهو للتشبيه ولان ذبح الام ليس بسبب لخروج الدم من الجنين بدليل أنه يتصور بقاؤه بعد موت الام وبه قال زفر والحسن بن زياد

هذا (فصل فيما) أى فى بيان ما (يحل) أكله (وما لا يحل) أكله (لا يؤكل ذو) أى صاحب (ناب و) لا ذو (مخلب) وقوله (من سبع) بيان لقوله ذو ناب وقوله (أو طير) بيان لقوله ومخلب لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه عليه السلام نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطيور رواه مسلم وآخرون والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة والمراد بذى مخلب ماله مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك أن المراد بذى مخلب هو سباع الطير لا كل ماله مخلب وهو الظفر كما أريد فى ذى ناب من سباع البهائم لا كل ماله ناب ويدخل فى الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا وما روى انه عليه السلام أباح أكلهما محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل أيضا لانه ذو ناب واليربوع وابن عرس من سباع البهائم وقيل الخفاش أيضا لانه ذو ناب (وحل غراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث وكذلك الزرزور والسودانية (لا) يحل الغراب (الابقع الذى يأكل الجيف) لانه ملحق بالخبائث وبقى نوع آخر من الغراب وهو الذى يخلط بينهما وهو العقعق يؤكل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف انه يكره لان غالب مأكوله الجيف والاول أصح (و) لا يحل أيضا (الضبع) لما بينا وعند الثلاثة يؤكل وكذا الثعلب يؤكل عندهم (و) لا يحل أيضا (الضب) لانه من الخبائث وعند الثلاثة يؤكل قلنا أكله كان قبل التحريم لانه لم يكن فى الابتداء حراما الا ثلاثة أشياء على ما قال الله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ثم حرم بعد ذلك أشياء لا تحصى (و) لا يحل أيضا (الزنبور والسلحفاة) البرية والبحرية (والحشرات) لانها خبائث وهى صغار دواب الارض واحدتها حشرة (و) لا يحل أيضا (الحمر الاهلية) لما روى عن ثعلبة الخشنى انه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية رواه البخارى ومسلم (و) كذا (البغل) لانه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا كان على الخلاف المعروف فى لحم الخيل وان كانت أمه بقرة يؤكل بلا خلاف لان المعتبر فى الحل والحرمة الام فيما تولد من مأكول وغير مأكول وفى فتاوى الولوالجى وأما البغال ان كان الفرس نزا على الحمار يكره لان لماء الاتان عبرة بالاجماع وأما الحمار اذا نزا على الرمكة فكذلك قيل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله وأما على قولهما فلا بأس به لانه ليس لماء الفحل عبرة فبقى ماء الام وعندهما لا بأس بأكل الام وينكران انه يسمى بغلا والظاهر أن الاول قول الكل الى هنا لفظه (و) كذا لا يحل (الخيل) عند أبى حنيفة وهو قول ابن عباس وبه قال مالك وعندهما يحل

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

لما روى جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أكلنا لحم الفرس على عهد رسول الله عليه السلام وبه قال الشافعي وأحمد ولهقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرجت الآية مخرج الامتنان فلو كان حل الاكل ثابتا لم يمن علينا بذلك ولما روى خالد بن الوليد رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل رواه أحمد وفى رواية أبي داود انه سمع النبي عليه السلام يقول لاتحل لحوم الخيل وما رواه خبر واحد ورد على مخالفة الكتاب فان قلت ذكر الواقدى أن خالدا رضى الله عنه أسلم بعد خيبر وفى اسناده صالح بن يحيى مجهول ولئن سلم حمل على اشفاق خالد على الخيل لاجل الجهاد قلت فى الواقدى كلام كثير واسلام خالد وان كان يوم الفتح لاينفى ان يكون سمع النبي عليه السلام يقول ذلك أورواه بعض الصحابة وصالح ابن يحيى يعرف بجدته لقيامه مقام أبيه والحديث احتج به الكرخي وحملهم ذلك من خالد رضى الله عنه على الاشفاق لايصح لانه حينئذ يصير موقوفا عليه وهو مرفوع ولو كان كذلك لم يضر لان الموقوف فى مثل هذا كالمرفوع ثم اختلفوا على قوله انه كراهة تنزيه أو تحريم والاصح التحريم وفى الفتاوى الصغرى قال قاضى اسبيجاب انه كراهة تنزيه لانه ذكر فى كتاب الصلاة وسوى بين بوله وبول مايؤكل لحمه وأما لبنه فقد قال صاحب الهداية فقد قيل انه لابأس به وسماه صاحب الهداية فى كتاب الحدود مباحا وقال السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وقال فخر الدين قاضيخان فأما الالبان فلبن المأكول حلال ولبن الرماك كذلك فى قول أبي يوسف ومحمد ويكره فى قول أبى حنيفة واختلفوا فى كراهيته فقال بعضهم مكروه كراهية التنزيه لا كراهة التحريم وذكر شمس الائمة السرخسى فى أثناء الكلام انه مباح كالبنج وعامة المشايخ قالوا انه مكروه كراهة التحريم الا انه لايحد وان زال عقله كما لو تناول البنج وارتفع الى رأسه حتى زال عقله يحرم ذلك ولايحد كذا فى الغاية (وحل الارنب) لانه عليه السلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدى اليه مشويا رواه أحمد والنسائى والوبر قال أبو يوسف لاأحفظ فيه عن أبى حنيفة شيأ وهو عندى مثل الارنب وهو يعتلف البقول والنبت قاله الكرخي فى مختصره وفى الجمهرة الوبر دويبة أصغر من السنور طحلاء اللون لاذنب لها تدجن فى البيوت ويجمع على وبار (وذبح مالايؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده) حتى اذا وقع فى الماء القليل لايفسده لانه كالدباغ فى ازالة الرطوبة النجسة وكذا يطهر شحمه وهل يجوز الانتفاع به فى غير الاكل قيل لايجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب له فانه ينتفع به فى غير الاكل وفى رواية لايطهر بالذكاة لحم مالايؤكل لحمه والجلد يطهر وهو الصحيح وعند الشافعى الذكاة لاتؤثر فى جميع ذلك (الا الآدمى) لكرامته (والخنزير) لنجاسة عينه وقد مر مستوفى فى كتاب الصلاة (ولايؤكل) حيوان (مائى) وهو الذى يكون مثواه وعيشه فى الماء (الا السمك) حال كونه (غير طاف) وهو الذى مات حتف أنفه واعلم أنه لايؤكل من مائى المولد عندنا الا السمك بأنواعه وقال الشافعى جميع أنواع حيوان البحر حلال لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وبه قال مالك وأحمد فى رواية وعن أحمد والشافعى فى قول الا الضفدع وعن أحمد كقولنا وعنهم لايحل فى البحر مالايحل مثله فى البر وعن بعض

الشافعية كقولنا لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث لاستخباث الطبيعة السليمة اياها الا السمك والمراد من الصيد في الآية الاصطياد وانه مباح لما يؤكل وما لا يؤكل والمراد بالحل ميتة السمك وهو متناول لجميع أنواعه مثل المارماهي وهو الذي في صورة الحية والجريث وهي السمكة السوداء والطافي منه مكروه عندنا وقالت الثلاثة لا يكره ولنا قوله عليه السلام ما نضب عنه الماء فكلوه وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثله واذا مات السمك بآفة يحل واذا مات من الحر أو البرد أو في كدر الماء ففيه روايتان ففي العيون لا يؤكل وفي فتاوى الولوالجي اذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكلت شيأ ألقاه في الماء لتأكله فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها لانها ماتت بآفة وكذلك لو ربطها في الماء فماتت لانها ماتت بآفة وفي الفتاوى الصغرى اذا وجد السمك ميتا على الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف فان كان ظهره من فوق أكل لانه ليس بطاف (وحل) السمك (بلا ذكاة كالجراد) أي كما يحل الجراد بلا ذكاة وعند مالك لا بد في موت الجراد من سبب وبه قال أحمد في رواية وعن مالك يعتبر قطف رأسه (ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم) من غير تحرك (حل) أكلها لان الحركة وخروج الدم لا يكون الا من الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما علامة الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل الا اذا علم حياتها عند الذبح فتحل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم تتحرك لا تحل لان الدم لا يتجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت (والا) أي وان لم تتحرك أو لم يخرج الدم (لا) يحل أكلها (ان لم يدر) أي ان لم يعلم (حياته) وقت الذبح (وان علم) حياته عند الذبح (حل) أكلها على كل حال كما ذكرنا كذا ذكر في المحيط وقاضيخان ولو ذبح شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان ضمت عينها تؤكل وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها أكلت وان نام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها أكلت والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الاضحية)

وهي على وزن أفعلة كأروية وهي الانثى من الوعول ويجمع على اضاحي بالتشديد على أفاعيل كالاراوي في جمع الاروية ويقال ضحية كهدية وتجمع على ضحايا كهدية على هدايا ويقال اضحاة كارطاة ويجمع على أضحى كارطى في جمع ارطاة وفي الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة في يوم مخصوص (تجب) الاضحية وعن أبي يوسف انها سنة وهو قول الشافعي وأحمد وذكر الطحاوي انها واجبة عند أبي حنيفة سنة عندهما وجه السنة قوله عليه السلام اذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم ان يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره رواه مسلم وآخرون والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا رواه أحمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بغير الوجوب وانما تجب (على حر) فلا تجب على العبد (مسلم) فلا تجب على كافر (مقيم) فلا تجب على مسافر لقول علي رضي الله عنه ليس على مسافر جمعة ولا أضحية وعن مالك لا يشترط الاقامة ويستوي فيه المقيم بالمصر والقرى والبوادي (موسر) لان العبادة لا تجب الا على القادر وهو

الغنى دون الفقير ومقداره ما يجب فيه صدقة الفطر وقوله (عن نفسه) يتعلق بقوله تجب لانه
أصل فى الوجوب عليه (لا) يجب عليه أن يضحى (عن طفله) أى أولاده الصغار فى ظاهر الرواية
كما لا تجب عليه عن عبده وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة يجب عليه أن يضحى عنه كصدقة
الفطر وتجب الاضحية فى مال الصغير اذا كان له مال ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع له بالباقى
ما ينتفع بعينه وقيل يضحى عنه الاب او الوصى من ماله عندهما وعند محمد من مال نفسه
لا من مال الصغير وبه قال زفر والشافعى وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا
والاصح ماذكرناه أولا وقوله (شاة) بالرفع بدل من الضمير الذى فى قوله تجب ليكون بيانا
للمقدار الواجب ويجوز أن يكون ارتفاعه بقوله تجب وهو الاظهر والتقدير ذبح شاة لان
الواجب هو اراقة الدم (أو سبع بدنة) عطف على قوله شاة والقياس أن لا تجوز البدنة كلها
الا عن واحد لان الاراقة قربة واحدة وهى لا تتجزأ الا أنه ترك بما روى عن جابر رضى الله
تعالى عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص
فى الشاة فبقى على اصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو أربعة أو ثلاثة ذكره محمد
فى الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونه أولى ولا يجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه وكذا
اذا كان نصيب أحدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لان بعضه اذا خرج من
أن يكون قربة يخرج كله من أن يكون قربة وقال مالك بجواز الواحدة عن أهل بيت واحد وان
كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على
أهل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت يؤيده
ما روى على كل مسلم فى كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفان يجوز فى الاصح
لان نصف السبع يكون تبعا الثلاثة الاسباع واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه
موزون ولو اقتسموه جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد كالبيع
والوجوب فى (فجر يوم النحر) ولما حذفت كلمة فى انتصب على الظرفية (الى آخر أيامه) أى أيام
النحر وهى ثلاثة أيام لما روى عن عمر وعلى وابن عباس وأنس وأبى هريرة رضى الله عنهم انهم
قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وطريق هذا السماع وكان كالمروى عنه عليه السلام
وقال الشافعى ثلاثة أيام بعد يوم النحر فهى أربعة أيام عنده (ولا يذبح مصرى قبل الصلاة)
أى صلاة العيد لقوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته وهذا الشرط مخصوص
بمن تجب عليه صلاة العيد (وذبح غيره) أى غير المصرى كأهل القرى قبل الصلاة وعند
مالك وأحمد أهل المصر لا يذبحون قبل ذبح الامام أيضا وعند الشافعى صح قبل الصلاة لو
مضى من الوقت قدر ما يصلى ركعتين مع خطبتين (ويضحى بالجماء) وهى التى لا قرن لها لان
القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن بل أولى لما قلنا (والخصى) لما صح أنه عليه
السلام ضحى بكبشين أملحين موجوأين الاملح الذى فيه ملحة وهو البياض الذى
يشقه شعرات سود وهى من لون الملح والموجوء الخصى من الوجاء وهو ان تضرب عروق الخصية
بشئ هكذا قاله الشارح قلت الخصى منزوع الخصيتين والموجوء الذى يلوى عروق الخصية
فيصير كالخصى وعن أبى حنيفة ان الخصى أولى لان لحمه أطيب (والثولاء) وهى المجنونة ان

كانت

كانت سمينة ولم يمنعها من السوم والرعى وان كان يمنعها منه لا يجوز وكذا الجرباء اذا كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز (لا) يضحى (بالعمياء) وهى الذاهبة العينين (والعوراء) وهى الذاهبة احدى العينين (والعجفاء) أى المهزولة (والعرجاء) التى لا تمشى الى المنسك أى المذبح لما روى عن البراء بن عازب رضى الله عنه أنه عليه السلام قال لا يجوز فى الاضاحى العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء البين عجفها والعرجاء البين ضلعها والكبيرة التى لا تنقى رواه أبو داود والترمذى وصححه (و) لا يضحى أيضا بما هو (مقطوع أكثر الأذن أو الذنب أو العين أو الالية) لقول على رضى الله عنه أمرنا النبى عليه السلام أن نستشرف العين والاذن وأن لا نضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء رواه أبو داود والترمذى وصححه المقابلة قطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من مؤخرها والشرقاء ان يكون الخرق فى اذنها طولا والخرقاء أن يكون عرضا وقيد بقوله أكثر الاذن لانه اذا بقى أكثرها جاز وكذا أكثر الذنب لان للاكثر حكم الكل وعن أبى حنيفة أن الثلث اذا ذهب وبقى الثلثان يجوز وان ذهب أكثر من الثلث لا يجوز ويروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكل ويروى أن ذهاب الثلث مانع وقالا اذا بقى أكثر من النصف أجزأه وهو اختيار أبى الليث وفى كون النصف مانعا روايتان عنه ثم قوله مقطوع الاكثر ظاهر فى الاذن والذنب والالية غير ظاهر فى العين لانه لا يقال مقطوع أكثر العين بل يقال ذاهب أكثر العين وانما ذكره هكذا للاختصار والمراد منه ذهاب الاكثر من العين أو أطلق القطع على الذهاب مجازا ثم معرفة مقدار الذاهب والباقى متيسر فى غير العين وفى العين قالوا تشد عينها المعيبة بعد ان جاعت ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته فى موضع علم على ذلك الموضع ثم تشد عينها الصحيحة ويقرب العلف اليها شيأ فشيأ حتى اذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر ما بينهما من التفاوت فان كان نصفا أو ثلثا أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر ولا يجوز الهتماء وهى التى لا أسنان لها ولا السكاء وهى التى لا أذن لها خلقة وان كان صغيرا يجوز ولا الجلالة وهى التى تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ولا الجذاء وهى المقطوعة ضرعها ولا المصرمة وهى التى لا تستطيع أن ترضع فصيلها ولا الجداء وهى التى يبس ضرعها (والاضحية) تكون (من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها ويجوز بالجاموس لانه نوع من البقر وبالبغل الذى أمه بقرة وبالظبى الذى أمه شاة لان الاعتبار للام كما ذكرنا (وجاز الثنى من الكل) لقوله عليه السلام لا تذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه البخارى ومسلم وآخرون والثنى من المعز والضأن ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين (و) جاز (الجذع من الضأن) لا غير وهو ما تمت له ستة أشهر عند الفقهاء وذكر الزعفرانى انه ابن سبعة أشهر وعن الزهرى من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر (وان مات احد السبعة) الذين تشاركوا فى البدنة (وقالت الورثة) أى ورثة الذى مات منهم (اذبحوها) أى البدنة (عنه) أى عن الميت (وعنكم صح) ذبحها عن الجميع لوجود قصد القربة من الكل والتضحية عن الغير عرفت قربة لانه عليه السلام ضحى عن أمته واختلاف الجهات لا يضر كالقران والمتعة والاضحية لاتحاد المقصود وهى القربة

ولو ذبحوها بغير اذن الورثة لا يجزيهم لان بعضها لم يقع قربة (وان كان شريك السبعة نصرانيا أو مريدا اللحم لم يجز عن واحد منهم) لعدم القربة من النصراني لانه ليس من أهلها وكذا مريد اللحم فاذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة لان الاراقة لا تتجزأ (ويأكل المضحي (من لحم الاضحية ويؤكل غنيا ويدخر) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم (والنسائي) واذا جاز أن يأكل منه وهو غني فأولى أن يجوز له اطعام غيره وان كان غنيا (وندب) أي استحب (أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لان الجهات ثلاث الاطعام والاكل والادخار لما رويناه وهذا في الاضحية الواجبة والسنة سواء وان كانت واجبة بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئا ولا أن يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا (ويتصدق) المضحي (بجلدها) أي بجلد الاضحية (لانه جزء منها أو يعمل منه) أي من الجلد (نحو غربال وجراب) وقربة وسفرة ودلو أو يشتري به شيء من هذه الاشياء لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى أنه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك ولو باعهما بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق باللحم والجلد (وندب) أي استحب (أن يذبح) الاضحية (بيده ان علم ذلك) أي الذبح وان أمر به غيره فلا يضر وان كان لا يعلم ذلك فالافضل ان يستعين بغيره كي لا يجعلها ميتة ولكن ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام يا فاطمة رضي الله تعالى عنها قومي فاشهدي أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب (وكره ذبح الكتابي) لانه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة بخلاف المجوسي (ولو غلطا) أي الاثنان من أصحاب الاضاحي اذا غلطا (وذبح كل) واحد منهما (أضحية صاحبه صح) ذبحهما عن الاضحية (ولا يضمنان) استحسانا والقياس أن لا يجوز ويضمن كل منهما لصاحبه وهو قول زفر لانه متعد بالذبح بغير أمره فيضمن وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون أهلا للذبح فصار مأذونا له دلالة ثم اذا جاز يأخذ كل واحد منهما أضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد أكل ما ذبحه يحلل كل واحد صاحبه فيجزئه لانه لو أطعمه الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله في الانتهاء وان تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها يجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر أن الاراقة حصلت على ملكه وان أخذها مذبوحة اجزأت المالك عن الاضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بينا والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان احكام (الكراهية)

هي ضد الارادة والرضا في اللغة وانما لقبه بكتاب الكراهية وان كان فيه غير مكروه لان بيان

المكروه

المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه ولقبه القدوري بالحظر والاباحة وهو أحسن لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما أباحه الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشارع وقبحه وبعضهم بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله أطلقه الشرع والزهد والورع تركها (المكروه) ما يكون تركه أولى من تحصيله وقيل ما يكون الاولى أن لا يفعل وهو (الى الحرام أقرب) عندهما لتعارض الادلة فيه وتغليب جانب الحرمة فيه (ونص محمد أن كل مكروه حرام) لانه لما لم يجد فيه نصا لم يطلق عليه الحرمة الا انه اذا وجد نصا يثبت القول في المنصوص بالتحريم أو التحليل وفي غير المنصوص يقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة أكره أو لم يؤكل والحرام هو الممنوع شرعا والحلال هو المطلق بالاذن شرعا

* هذا (فصل) في بيان أحوال (الاكل والشرب) ما يحرم منهما وما يباح وما يكره (كره لبن الاتان) لانه متولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره كلحمه عند ابي حنيفة ذكره قاضيخان وقد مر بيانه وكذا أكل لحم الابل والبقر الجلالة وشرب لبنهما وفي المنتقى انما تكون جلالة اذا تغيرت وتنتن فوجدت منها رائحة منتنة فان حبست في مكان طاهر وعلفت حلت وكان أبو حنيفة لا يوقت بحبسها ويقول تحبس حتى تطيب ويذهب نتنها كذا في التتمة وقيل يقدر في الابل بأربعين يوما وفي البقر بعشرين وفي الشاة بعشرة وفي الدجاجة بثلاثة أيام ولو رضع جدي لبن الخنزير فهو كالجلالة وفي فتاوى الولوالجي لو أن جديا غذي بلبن الخنزير فلا بأس بأكله لانه لم يتغير لحمه وما غذي به صار مستهلكا لم يبق أثره وعلى هذا القول لا بأس بأكل الدجاجة التي تخلط بالعذرة غيرها لانه لا يغير لحمه والذي يروى أنه تحبس الدجاجة ثلاثة أيام فذلك على سبيل التنزيه (و) كره (الاكل والشرب والادهان والتطيب من اناء ذهب وفضة للرجل والمرأة) لما روى عن حذيفة رضي الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة رواه البخاري ومسلم فاذا ثبت ذلك في الاكل والشرب فكذا في التطيب وغيره لانه مثله في الاستعمال ويستوي فيه الرجال والنساء لاطلاق الحديث وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما والمرآة والمجمرة وما أشبه ذلك وفي الذخيرة الادهان المحرم أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس منها أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره (لا) يكره الاكل والشرب والادهان والتطيب (من رصاص وزجاج وبلور وعقيق) وقال الشافعي يكره جميع ذلك لوقوع التفاخر بها قلنا لا نسلم وان سلمنا فهي ليست في معنى الذهب والفضة فلم تلحق بهما ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما ثبت في البخاري وغيره أنه عليه الصلاة والسلام توضأ من تور من صفر (وحل الشرب من اناء مفضض) أي مزوق بالفضة (والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض و) لكن يشترط أن (يتقي) أي يجتنب موضع الفضة بالفم وقيل بالفم واليد في الاخذ وفي الشرب وفي السرج والكرسي موضع الجلوس وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة وكذا الكرسي المضبب بهما وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف والسكين أو في قبضتهما ولم يضع يده في موضعهما وكذا اذا جعل في حلق المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا المفضض من اللجام والركاب

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

والثغر وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب أو فضة وهذا كله عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يكره ذلك كله ومحمد مضطرب وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة ببقائه لونا واحتج أبو حنيفة بما روى عن أنس رضي الله عنه ان قدح النبي صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخاري (ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة) قال الشارح هذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة قلت هذا ليس بسهو وهذا المقدار لا يخفى على مثل المصنف وانما أراد بالحل الحل الضمني وبالحرمة الحرمة الضمنية لانه أراد بهذا الكلام حاصل المسئلة التي ذكرها صاحب الهداية بقوله ومن أرسل أجيراله مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى ان يقبل في الحرمة ومراد الشيخ رحمه الله من قوله في الحل والحرمة هو هذا أعني قوله لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة فافهم (و) يقبل قول (المملوك) سواء كان عبدا أو جارية (والصبي في الهدية) بان قال المملوك هذه هدية اهداها اليك سيدي أو قال الصبي هذه هدية أهداها اليك أبي وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه أن يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها وانما يقبل قول هؤلاء فيها لان الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء (و) كذا يقبل قولهما في (الاذن) أي في اذن المولى لعبده واذن الولي للصبي لانه لا يمكن استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهما يؤدي الى الحرج (و) كذا يقبل قول (الفاسق في المعاملات) كالتوكيل والاذن في التجارة وكل شئ ليس فيه الزام ولا ما يدل على النزاع لاجل الضرورة والاصل فيه أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا صغيرا أو كبيرا لانها كثيرة واشتراط العدالة فيها يؤدي الى الحرج فيشترط فيه التميز لا غير ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح (لا) يقبل قوله (في الديانات) لانها لا تكثر وقوعا فلا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها وذلك كالاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره عدل أنه نجس يتيمم ولا يتوضأ به واذا أخبره فاسق تحرى فيه وكذا اذا كان مستورا في الصحيح فان غلب على ظنه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان أراقه ثم تيمم كان أحوط ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ ولا يتيمم لترجح جانب الكذب والحاصل فيه أن محل الخبر على أنواع الاول خبر الرسول فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثاني خبره فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند أبي يوسف وهو اختيار الجصاص خلافا للكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر رمضان من القسم الاول والثالث حقوق العباد فيما فيه الزام من كل وجه فيشترط فيه العدالة والعدد ولفظة الشهادة والحرية والرابع حقوق العباد فيما فيه الزام من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة

عند أبي حنيفة خبر فاسق وهما حيث يقبل فيها عندهما خبر كل مميز والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز (ومن دعى الى وليمة) وهي طعام العرس (وثمة) أي هناك (لعب وغناء يقعد ويأكل) من الوليمة هذا اذا احدث اللعب والغناء هناك بعد حضوره ولا يتركه ولا يخرج لان اجابة الدعوة سنة فلا يتركها لمقارنة البدعة من غيره كصلاة الجنازة لا يتركها لاجل النائحة فان قدر على المنع منعهم والا يصبر هذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى به ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شينا في الدين وفتح باب المعصية وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وان علم ان هناك لعبا وغناء قبل أن يحضرها فلا يحضرها لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكر

هذا (فصل في) بيان أحكام (اللبس)

(حرم للرجل) أي عليه واللام تأتي بمعنى على كما في قوله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها ولو قال على الرجل كان أصوب (لا) يحرم (للمرأة لبس الحرير) لما روى عن أبي موسى الاشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل الذهب والحرير للاناث وحرم على ذكورها رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه (الا قدر أربعة أصابع) فانها حلت للرجل لما روى عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير الا هكذا ورفع لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة والوسطى وضمهما رواه البخاري ومسلم وفي لفظ نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة رواه مسلم وأحمد وآخرون (وحل توسده) أي توسد الحرير (وافتراشه) عند أبي حنيفة وقالا يكره لما روى عن حذيفة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهانا أن نشرب في آنية الذهب والفضة وان نأكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وان نجلس عليه رواه البخاري وبه قالت الثلاثة ذكر القدوري الخلاف كما ذكرنا وكذا ذكر صاحب المنظومة والمجمع وذكر في الجامع الصغير الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وذكر أبو الليث أبا يوسف مع أبي حنيفة وله ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير ولان الحرام هو اللبس والافتراش ليس بلبس وكذا يباح النوم عليه عنده وجعله سترا وتعليقه على الباب خلافا لهم وفي نوادر هشام أن محمدا قال أكره تكة الديباج والابريسم وفي الفتاوى الصغرى ولا بأس بتكة الحرير عند أبي حنيفة (و) حل أيضا (لبس ما) أي الذي (سداه حرير ولحمته قطن أو خز) بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاي وهو اسم دابة ثم سمي المتخذ من وبره خزا لان الصحابة رضي الله عنهم لبسوا مثل هذا وهذا بالاجماع في الحرب وغيره (وعكسه) أي عكس المذكور وهو أن يكون لحمته حريرا وسداه قطنا أو خزا أو غيرهما (حل في الحرب فقط) يعني لا يحل في غير الحرب وهذا أيضا بالاجماع للضرورة لانه أهيب وادفع لمعرة السلاح وأما لبس الحرير الخالص في الحرب فلا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رخص لبس الحرير والديباج في الحرب وله اطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه (ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة) لما روينا والتحلي بالحاء المهملة التزين (الا بالخاتم) قدر مثقال لانه عليه الصلاة والسلام كان له خاتم من فضة (والمنطقة) بكسر الميم وتسمى بالفارسية كمرا (وحلية السيف)

وكل ذلك تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد واليه أشار بقوله (من الفضة) وهو قيد للمذكور جميعه (والافضل لغير السلطان والقاضي ترك التختم) لعدم احتياجه اليه بخلاف السلطان والقاضي (وحرم التختم بالحجر) أي بحجر كان الا الحجر الذي يقال له يشب عند بعضهم وهو الاصح ولا بأس بالعقيق في الاصح (والحديد والصفر) والرصاص والقزدير ونحو ذلك (والذهب) لحصول الاستغناء بالفضة وفي الاجناس ولا بأس للرجل أن يتخذ خاتما من فضة فصه منه وان جعل فصه من جزع أو عقيق أو فيروزج أو ياقوت أو زمرذ فلا بأس به وان نقش عليه اسمه واسم أبيه أو ما بدا له كقوله ربي الله أو نعم القادر فلا بأس به وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير فاذا تختم ينبغي أن يجعل الفص الى باطن الكف لا الى ظاهر الكف بخلاف النسوان فانهن لا يفعلن هكذا ولا بأس لهن بذلك وفي الاجناس ويلبس خاتمه في خنصره اليسرى ولا يلبسه في اليمنى ولا في غير خنصره اليسرى من أصابعه وسوى الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار وهو الحق لاختلاف الروايات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك (وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص) أي في ثقبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابساله (و) حل (شد السن) المتحرك (بالفضة لا بالذهب) عند أبي حنيفة لان المحرم لا يباح الا للضرورة وهي تندفع بالفضة وقالا يجوز بالذهب أيضا لما روى أن عرفجة ابن سعد أصيب أنفه يوم كلاب فاتخذ أنفا من فضة فانتن فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب وبه قالت الثلاثة قلنا الكلام في السن والمروي في الانف ولا يلزم من عدم الاغناء في الانف عدم الاغناء في السن على أنه يحتمل أن عرفجة قد خص به (وكره الباس ذهب وحرير صبيا) لانه لما حرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي وكذا الميتة والدم وعند الثلاثة لا يكره (لا) يكره (الخرقة) أي حملها (لوضوء ومخاط) لعموم ذلك بين الناس في عامة البلدان وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وفي الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لانها بدعة محدثة وتشبه بزي الاعاجم والاول هو الاصح (و) لا يكره (الرتم) أيضا وهي الرتمة والرتيمة وهو خيط التذكر يعقد في الاصبع لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بها وتعلق به غرض صحيح فلا يكره

* هذا (فصل في) بيان أحكام (النظر والمس) *

(لا ينظر) الرجل (الى غير وجه) المرأة (الحرة و) غير (كفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد به موضعهما وهو الوجه والكف وهذا يدل على عدم جواز النظر الى القدم وعن أبي حنيفة أنه يجوز لان في تغطيته بعض الحرج وعن أبي يوسف أنه يباح النظر الى ذراعيها أيضا لانه يبدو منها عادة وما عدا ما استثني من الاعضاء لا يجوز له أن ينظر اليه لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة قال الشارح في قوله لا ينظر الى غير وجه الحرة هذا كلام فيه خلل لانه يؤدي الى أنه لا ينظر الى شيء من الاشياء الا الى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا على النظر الى هاتين العضوين والى ترك النظر الى كل شيء سواهما وليس هذا بمقصود في هذه المسئلة وانما المقصود فيها أنه يجوز له النظر الى هاتين العضوين

لانه

لا أنه يكفهما قلت معنى كلامه لا ينبغي له أن ينظر من أعضاء الحرّة الى غير وجهها وكفيها والمقصود نفي جواز النظر الى غير الوجه والكفين والدلالة على جواز النظر الى هذه الاعضاء وليس فيه ما يدل على التصريض على النظر الى هذه الاعضاء ولا يدل التركيب عليه فافهم (ولا ينظر من اشتهى) أراد أن صاحب الشهوة لا يجوز له أن ينظر (الى وجهها) أى وجه الحرّة مع جواز النظر اليه عند عدم الشهوة (الا الحاكم والشاهد) فانهما ينظران مطلقا للضرورة ولكن يجب عليهما قصد أداء الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الامكان هذا وقت الاداء وأما وقت التحمل فلا يجوز له أن ينظر اليها مع الشهوة لانه يوجد من لا يشتهى فلا حاجة اليه (وينظر الطبيب الى موضع مرضها) للضرورة ولكن يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع وينبغي له أن يعلم امرأة ان أمكن لان نظر الجنس أخف والا ينظر على الوجه الذى ذكرناه (وينظر الرجل الى الرجل الا) أنه لا ينظر الى (العورة) وهى ما بين السرة الى الركبة وانما لم يبينها هنا اكتفاء بما ذكره فى كتاب الصلاة (و) تنظر (المرأة للمرأة والرجل) أى تنظر الى الرجل أيضا (كالرجل للرجل) أى كما ينظر الرجل الى الرجل وهو جواز النظر الى جميع البدن غير العورة وهذا اذا أمنت الشهوة والفتن وان كان فى قلبها شهوة أو فى أكبر رأيها انها تشتهى أو شكت فى ذلك يستحب لها ان تغض بصرها بخلاف الرجل عند الشهوة يجب عليه أن لا ينظر والفرق أن الشهوة غالبة عليهن وهى كالمتحقق حكما فاذا اشتهى هو كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت هى لم يكن الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين أقوى وما جاز للرجل أن ينظر اليه جاز مسه لانه ليس بعورة بخلاف مسه فى المرأة فان ذلك مطلقا (وينظر الرجل الى فرج أمته وزوجته) سواء كان بشهوة أو بغيرها لقوله عليه السلام غض بصرك الا عن زوجتك وأمتك والاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لانه يورث النسيان وكان ابن عمر رضى الله عنهما يقول الاولى أن ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون أبلغ فى تحصيل معنى اللذة والمراد بالامة التى يحل له وطؤها وأما اذا كانت لا يحل له وطؤها كامته المجوسية والمشتركة لا يحل له ذلك (و) ينظر الرجل أيضا الى (وجه محرمه) كأمه وبنته وأخته وعمته وخالته وكل من لا يحل له نكاحها على التأبيد بنسب أو بسبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بزنا (و) ينظر الى (رأسها وصدرها وساقيها وعضديها) والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالرأس موضع التاج والشعر والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضع القلادة والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب (لا) ينظر (الى ظهرها وبطنها وفخذيها) لانها ليست بمواضع الزينة وقال الشافعى يجوز له أن ينظر الى ظهر محارمه وبطنها (ويمس) الرجل من محارمه (ما حل النظر اليه) لتحقق الحاجة الى ذلك فى المسافرة والمخالطة وكان عليه السلام يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدأ بها فقبلها وعانقها وقال من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة ولا بأس بالخلوة معها الا اذا

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

خاف على نفسه أو عليها الشهوة فحينئذ لا يمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها (وأمة غيره كمحرمه) فينظر اليها كما ينظر الى محرمه ويمتنع ما يمتنع من الظهر والبطن خلافا لمحمد بن مقاتل فانه قال ينظر الى ظهرها وبطنها (وله) أى للرجل (مس ذلك) أى المذكور من الرأس والصدر والساق والعضد (ان أراد الشراء وان اشتهى) يعنى وان خاف الشهوة للضرورة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (ولا تعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد) لوجود الاشتهاء والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة والركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما والتى بلغت حد الشهوة فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد (والخصى) وهو مقطوع الخصيتين (والمجبوب) وهو مقطوع الذكر والخصيتين من جب اذا قطع (والمخنث) فى الردى من الافعال (كالفحل) أى كحكم الفحل فيما ذكرنا أما الخصى فلانه يجامع وأما المجبوب فلانه ينزل بالسحق ولهذا لو جاءت امرأته بولد يثبت نسبه منه واما المخنث فلانه فحل فاسق وقد رخص بعض أصحابنا اختلاط المجبوب مع النساء اذا جف ماؤه وكذا المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر ولا يشتهى النساء بالاختلاط بهن والاصح المنع مطلقا (وعبدها) أى عبد المرأة (كالاجنبى) من الرجال حتى لا يجوز لها أن تبدى من زينتها الا ما يجوز أن تبديه للاجنبى ولا يحل له أن ينظر من سيدته الا ما يجوز له أن ينظر اليه من الاجنبية وقال الشافعى ومالك نظره اليها كنظر الرجل الى محارمه دفعا للحرج ولنا أنه فحل غير زوج ولا محرم والشهوة متموجودة (ويعزل) الرجل ماءه (عن أمته) عند الجماع (بلا اذنها) لانه لا حق لها فى الوطء (و) يعزل (عن زوجته الحرة باذنها) لان لها حقا فى الوطء ولو كانت تحته أمة غيره فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة الاذن الى مولاها

هذا (فصل فى) بيان أحكام (الاستبراء وغيره) وهو طلب البراءة مطلقا وهنا طلب براءة الرحم (من ملك أمة) بشراء أو هبة أو وصية أو ميراث أو خلع أو كتابة أو نحو ذلك (حرم وطؤها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئ) بأن يتركها الى أن تحيض حيضة واحدة ان كانت من ذوات الحيض أو يمضى عليها شهر واحد ان كانت آيسة أو الى أن تضع حملها ان كانت حاملا لقوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد حتى يجب على المشترى من مال الصبى ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها الاستبراء وكذلك اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب ولا يعتد بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة التى حصلت بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابى يوسف وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الاجازة فى بيع الفضولى وان كانت فى يد المشترى ولا بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا ويجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم فى ذلك الوقت ويجتزأ بالحيضة التى حاضتها وهى مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة والمستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب ولو أقال البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء وكان أبو حنيفة يقول أولا عليه

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

الاستبراء ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما (له) أى للرجل (أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما وحرم دواعيه) وهى القبلة واللمس (حتى يحرم فرج الاخرى بملك) بأن يملك رقبتها من انسان بأى سبب كان من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة وكالصلح والخلع والمهر (أو نكاح) صحيح بأن يزوجها من رجل فاذا زوج احداهما بنكاح فاسد لا تحل له الاخرى لان فرجها لم يصر حراما عليه بهذا العقد المجرد الا اذا دخل بها الزوج فحينئذ تحل له الاخرى لان العدة تجب عليها بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا (أو عتق) بأن يعتق أحداهما وذلك لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد به الجمع بينهما وطأ وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطأ وعقدا ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم والدواعى بمنزلة الوطء ثم تمليك البعض كتمليك الكل وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل أما عندهما فظاهر لانه لا يتجزأ وكذا عند أبى حنيفة لانه وان كان يتجزأ ولكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة احداهما كاعتاقها ولو رهن احداهما أو اجرها أو دبرها لا تحل الاخرى لان فرجها لا يحرم بهذه الاسباب (وكره تقبيل الرجل) بأن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيأ منه (و) كذا (معانقته فى ازار واحد) ذكر الطحاوى أن هذا قولهما وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه ولهما ما روى أنس رضى الله عنه أنه قال قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم أينحنى بعضنا لبعض قال لا قلنا ايعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واذا كان عليهما قميص أو جبة جاز بالاجماع أشار اليه الشيخ بقوله (ولو كان عليه) اى على الرجل (قميص جاز) وقال الامام أبو منصور الماتريدى المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وأما على وجه البر والكرامة فجائز ورخص الشيخ الامام شمس الائمة وبعض المتأخرين تقبيل يد العالم أو المتورع على سبيل التبرك وقال سفيان الثورى تقبيل يد العالم ويد السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك وقبل رأسه وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقى غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه قلت كذلك يجوز تقبيل يد الوالدين والشيخ الذى يأخذ منه (كالمصافحة) أى كما تجوز المصافحة لانها سنة قديمة متواترة فى البيعة وغيرها ذلك

* هذا (فصل) فى بيان أحكام (البيع) الذى يكره وغيره (كره بيع العذرة) وهى رجيع الآدمى لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها مخلوطة برماد أو تراب غالب عليها بالالقاء فى الارض فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن أبى حنيفة أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز (لا) يكره بيع (السرقين) وهو الروث لانه منتفع به لانه يلقى فى الارض لاستكثار الريع فكان مالا وقال الشافعى لا يجوز لانه نجس العين فأشبه العذرة وبه قال مالك وأحمد (له) أى للرجل (شراء أمة زيد قال بكر وكلنى زيد ببيعها) لانه أخبره بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد مقبول فى المعاملات بشرط أن يكون مميزا حتى جاز له أن يطأها بعد الشراء وكذا اذا قال بكر اشتريت هذه الجارية من زيد أو وهبنى اياها أو تصدق بها على ولا فرق بين ما اذا كان يعلم أنها له أو لم يعلم لان العمدة على خبره لان الخبر دليل شرعى ألا ترى أنه يقبل فيما هو أعظم منه وهو التزوج بأن زفت اليه امرأة وقالت

النساء هي امرأتك حل له وطؤها ولو كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادّعى الملك أو غيره فان كان أكبر رأيه انه صادق وسعه لانّ عدالة المخبر في المعاملات لا تشترط للحاجة على ما بينا وان كان أكبر رأيه انه كاذب لا يتعرض لشئ من ذلك وان لم يخبر صاحب اليد بوكالة أو انتقال ملك اليه فان كان يعرفها أنها لغيره لا يشتريها حتى يعلم أنّ الملك انتقل اليه أو وكله وان كان لا يعرف أنها للاول وسعه أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لانّ اليد دليل الملك وان كان الذى في يده عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل وان أخبره أن مولاها أذن له وهو ثقة قبل قوله والا يعتبر فيه أكبر الرأى وان لم يكن له رأى لا يشتريها ولو اخبر رجل امراة ان زوجها الغائب مات او طلقها ثلاثا او اتاها بكتاب منه بطلاق ولا تدرى انه كتابه ام لا الا انه فى اكبر رأيها انه حق بعد ما تحرت فلا بأس بأن تعتدّ ثم تتزوج لانّ القطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدّتي فلا بأس بأن يتزوجها وكذلك المطلقة الثلاث اذا قالت انقضت عدّتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدّتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت الجارية كنت امة لفلان فاعتقني حل له ان يتزوجها لانّ القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر أنّ اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا لو اخبره انك تزوجتها وهى مرتدة او اختك من الرضاع لم يتزوج باختها ولا اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان

(وكره لرب الدين اخذ ثمن خمر باعها مسلم) الذى هو المديون لان بيعه باطل لكون الخمر غير مال فى حقه فيبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل لرب الدين اخذه من البائع الذى هو مديونه (لا) يكره اذا كان (كافر) هو البائع لان البيع صحيح ويملك الثمن فيحل الاخذ منه وعلى هذا لو مات مسلم وترك ثمن خمر باعها هو لا يحل لورثته ان يأخذوا ذلك لانه كالمغصوب وقيل كسب المغنية كالمغصوب لم يحل اخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق او الظلم او اخذ الرشوة تتورع الورثة ولا يأخذوا منه شيأ وهو اولى لهم ويردّونه على اربابه ان عرفوهم والا تصدّقوا بها لانّ سبيل الكسب الخبيث التصدّق اذا تعذر الردّ على صاحبه (و) كره أيضا (احتكار قوت الآدمى) كالبر ونحوه (و) قوت (البهيمة) كالشعير والتبن والقتّ (فى بلد يضر بأهله) أى بأهل البلد لانه تعلق به حق العامة وفى الامتناع عن البيع تضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضرّ بهم ذلك بأن كانت البلد صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار لغيره وتلقى الجلب على هذا التفصيل وتخصيص الاحتكار بالاقوات قولهما وقال أبو يوسف كل ما ضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثيابا أو دراهم ونحو ذلك وعن محمد أنه لا احتكار فى الثياب ثم الاحتكار انما يكره اذا طالت المدة وقدروها بأربعين يوما وقيل بالشهر وقيل ضرب المدة للمعاقبة فى الدنيا وأما الاثم فحاصل وان قصرت المدة (لا) يكره احتكار (غلة ضيعته و) لا (ما) أى الذى (جلبه من بلد آخر) لانه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا ألا ترى انّ له أن لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع وعن أبي يوسف يكره أن يحبس ما جلبه من بلد آخر لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام المحتكر خاطئ وعن محمد أنّ نقله من موضع يجلب منه الى المصر فى الغالب يكره حبسه بخلاف ما اذا نقله

من

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم (ولا يسعر السلطان) على المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق (الا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة) بالتحكيم على المسلمين (تعديا فاحشا) وعجز السلطان عن صيانة حقوقهم الا بالتسعير فلا بأس به حينئذ بمشورة أهل الرأى والنظر ولا يسعر الا اذا أبوا أن يبيعوه الا بغبن فاحش ضعف القيمة فاذا فعل ذلك على رجل فتعدى ذلك فباعه بثمن فوقه اجازه القاضى وهذا لا يشكل على قول أبى حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم لانه اذا لم يكن على قوم بعينهم لا يكون حجرا بل يكون فتوى فى ذلك وينبغى للقاضى والسلطان أن لا يعجل بعقوبته اذا رفع اليه هذا الامر بل يأمره بان يبيع ما فضل من قوته وقوت عياله على اعتبار السعة وينهاه عن الاحتكار ويزجره عنه وان رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس وان امتنع من البيع بالكلية قيل لا يبيع عند أبى حنيفة وعندهما يبيع بناء على أنه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ وهما يريانه كما فى بيع مال المديون وقيل يبيعه بالاجماع واذا خاف الامام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا ردوا مثله (وجاز بيع العصير) أى عصير العنب (من خمار) أى من الذى يعمل الخمر لان المعصية لا تقوم بعينه بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه (و) جاز أيضا (اجارة بيت ليتخذ) المستأجر (بيت نار) وهو معبد المجوس (او) يتخذ (بيعة) لليهود (او) يتخذ (كنيسة) للنصارى (او يباع فيه خمر بالسواد) أى القرى دون الامصار وهذا قيد للكل قيد به لانهم لا يمكنون من اتخاذ المعبد واظهار بيع الخمور والخنازير فى الامصار لظهور شعائر الاسلام بخلاف السواد وقالوا هذا فى سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة وأما فى سواد غيرها ففيه شعائر الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها فى الاصح والذى ذكر فى المتن هو قول أبى حنيفة وعندهما لا ينبغى أن يؤجر بيت لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وبه قالت الثلاثة وله أن الاجارة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما هى بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فصار كبيع الجارية ممن لا يستبرئها أو يأتيها من دبرها أو بيع الغلام من لوطى (و) جاز أيضا (حمل خمر لذمى بأجر) عند أبى حنيفة وقالا يكره لانه عليه الصلاة والسلام لعن فى الخمر عشرة وعد منها حاملها وله أن الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا تسبب لها وانما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان حملها قد يكون للاراقة أو للتخليل فصار كمن استأجره لعصر العنب أو قطفه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا اجره دابة لينقل عليها الخمر أو اجره نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عند أبى حنيفة وعندهما يكره (و) جاز أيضا (بيع بناء بيوت مكة) لانه ملك من بناه ألا ترى انه لو بنى فى المستأجر أو فى الوقف صار البناء ملكا له وجاز له بيعه (و) كذا جاز بيع (اراضيها) أى أراضى بيوت مكة عند أبى يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة لان فى اثبات الكراهة حجرا على الملاك والدليل يابى الحجر على الحر العاقل البالغ الكامل الرأى وبه قال الشافعى وبه يفتى وجه رواية الكراهة قوله عليه الصلاة والسلام

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

ألا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولان الحرم وقف الخليل عليه الصلاة والسلام (و) جاز أيضا (تعشير المصحف) وهو ان يجعل على كل عشر آيات من القرآن الكريم علامة (ونقطه) بفتح النون أى نقط المصحف وهو اظهار اعرابه وبهما يحصل الرفق جدا خصوصا للعجمى الذى لا يحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وماروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال جرّدوا القرآن فذلك فى زمنهم لانهم كانوا ينقلونه عن النبى صلى الله عليه وسلم كما أنزل وكانت القراءة سهلة عليهم ولا كذلك هذا الزمان وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامى السور وعدد الآى فهو وان كان محدثا فمستحسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان (و) جاز أيضا (تحليته) أى تحلية المصحف بماء الذهب والفضة واللازورد ونحوها لان فى ذلك تعظيمه كما فى نقش المساجد وتحليتها اذا كان من غير مال الوقف وعند الثلاثة يكره الكل وقيل وبه يفتى (و) جاز أيضا (دخول ذمى مسجدا) وقال مالك يكره ذلك فى كل مسجد وقال الشافعى يكره فى المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا وبه قال أحمد وعدّاه مالك الى سائر المساجد لعموم العلة وهى النجاسة ولنا ان النبى عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف فى المسجد وضربت لهم خيمة فيه فقالت الصحابة رضى الله عنهم المشركون نجس فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الارض من نجاستهم شئ وانما نجاستهم على أنفسهم والمراد بالمنع المذكور فى الآية عن قربانهم المسجد الحرام منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت عراة (و) جاز أيضا (عيادته) أى عيادة الذمى اذا مرض بالاجماع لان فيه اظهار محاسن الاسلام واختلف فى عيادة المجوسى فقيل لا يعوده لانه ابعد من الاسلام وقيل يعوده لان فيه ترغيبه الى الاسلام وتأليفه وكذلك اختلف فى عيادة الفاسق والاصح أنه لا بأس بها لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين (و) جاز أيضا (خصى البهائم) من خصيت الفرس خصيا وخصاء اذا نزعت بيضته لان فيه تطييب لحمه وترك النطاح والشر الا عند مالك يكره فى الخيل (و) جاز أيضا (انزاء الحمير على الخيل) لانه عليه الصلاة والسلام ركب البغلة واقتناها ولو لم يجز لما فعله والانزاء من النزو وهو الوثب وهو كناية عن السفاد وهو الجماع (و) جاز أيضا (قبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته) لان ذلك من ضرورات التجارة وقد صح أن سلمان الفارسى رضى الله عنه أهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم هدية قبل أن يعتق فقبلها النبى صلى الله عليه وسلم وكان صلى الله عليه وسلم يجيب دعوة المملوك (وكره كسوته) أى كسوة العبد التاجر (الثوب) أراد قبول هديته اذا كانت ثوبا ونحوه لانه تبرع والعبد ليس من أهله ولكن جوز فى الشئ اليسير للضرورة استحسانا (و) كذلك كره (هدية النقدين) أى الدراهم والدنانير لما قلنا (و) كره أيضا (استخدام الخصى) لان فيه تحريض الناس على الخصاء الذى هو مثلة وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عنها فيحرم (و) كره أيضا (الدعاء بمعقد العز من عرشك) من العقد وفيه عبارة أخرى وهى مقعد من القعود تعالى الله عن ذلك ولا شك فى هذا الاستحالته على الله تعالى وكذا الاول لانه يوهم ان عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة وقال أبو يوسف لا باس به لانه عليه الصلاة والسلام دعا به وبه قالت الثلاثة وبه أخذ الفقيه أبو الليث (و) كذا يكره أن يقول فى دعائه (بحق فلان) وبحق أنبيائك وأوليائك أو بحق رسلك او بحق البيت

او

او بحق المشعر الحرام لانه لاحق للخلق على الله تعالى ولو قال لآخر بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لا يجب عليه أن يأتي بذلك شرعا وان كان الاولى أن يأتي به (و) كذا يكره (اللعب بالشطرنج) بكسر الشين (والنرد) والاربعة عشر وهو لعب تستعمله اليهود قاله أبو الليث وذلك لما روى ان ابن عمر رضي الله عنهما مر بقوم يلعبون الشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون وقال عليه الصلاة والسلام من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في شحم خنزير رواه مسلم وأحمد وأبو داود وقال الشافعي يباح اللعب بالشطرنج لتشحيذ الخاطر وتذكية الفهم فيجوز لهذا القصد دون القمار بشرط أن لا يترك الصلاة ولا يتكلم بالفحش ولو لعب به في الطريق أو أكثر منه سقطت عدالته بالاجماع ولم ير أبو حنيفة بالسلام عليهم بأسا ليشغلهم عما هم فيه وكرهاه تحقيرا لهم (و) كذا يكره كراهة تحريم (كل لهو) لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام الا ثلاثة ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته بقوسه وهذا نص صريح في تحريم الرقص الذي تسميه المتصوفة الوقت وسماع الطيب فانما هو سماع فيه أنواع الفسق وانواع العذاب في الآخرة (و) كذا يكره (جعل الراية في عنق العبد) وهو طوق من خشب مسمر بمسمار عظيم يجعل في عنقه يمنعه من تحريك رأسه وهو معتاد بين الظلمة وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وقيل لا بأس به في زماننا لانه علامة الاباق وقد كثر في هذا الزمان خصوصا في السودان وكان في زمانهم مكروها لقلة الاباق (وحل قيده) أي قيد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق (و) حلت (الحقنة) للتداوي وجاز أن ينظر الى ذلك الموضع للضرورة ولا جناح على من يتداوى اذا كان يرى ان الشافي هو الله تعالى دون الدواء لقوله عليه الصلاة والسلام عباد الله تداووا فان الله تعالى لم يضع داء الا وضع له شفاء أو دواء الا داء واحدا قالوا يا رسول الله وما هو قال الهرم رواه الترمذي وصححه ولا فرق في الحقنة بين الرجل والمرأة وانما يجوز ذلك بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وكذا كل تداو ولا يجوز الا بالطاهر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ذكره البخاري وفي النهاية يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول اذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه (و) حل أيضا (رزق القاضي) من بيت المال لانه أعد لمصالح المسلمين والقاضي محبوس لمصالحهم والحبس من أسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة والزوجة يعطى منه ما يكفيه وأهله وعلى هذا كانت الصحابة والتابعون وهذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما بأن جمع بباطل لم يحل أخذه لانه مال الغير فيجب رده على صاحبه ثم ان كان القاضي محتاجا فالافضل له أن يأخذ بل يجب وان كان غنيا فكذلك يأخذ منه كفايته عند بعضهم وهو الاصح لان ماله يفرغ بالنفقة الدائمة هذا اذا اعطوه من غير شرط ومعاقدة وان كان بشرط ومعاقدة لا يحل له أخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الاجر عليه كسائر الطاعات ولو أخذ الرزق في أول السنة ثم عزل قبل مضيها قيل يجب عليه رد حصة ما بقي من السنة وقيل هو على الاختلاف في الزوجة (و) حل أيضا (سفر الامة وأم الولد بلا محرم) لان الامة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس وام الولد امة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة ومعتقة البعض عند ابي حنيفة

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

قيل هذا في زمنهم لغلبة اهل الصلاح فيه وأما في زماننا فلا لغلبة أهل الفساد (و) حل أيضا (شراء مالابد) أي لا استغناء (للصغير منه) كالنفقة والكسوة واستئجار الظئر ونحو ذلك (وبيعه) أي بيع مالابد منه أيضا للصغير (للعم والام والملتقط لو) كان الصغير (في حجرهم) دفعا للضرر عنه (وتؤجره) أي تؤجر الصغير (أمه) اذا كان في حجرها (فقط) يعني لا يؤجره العم ولا الملتقط ولا الاخ وهذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه في صناعة وهو أقرب لان فيه نفعا محضا للصغير ولو أجر الصغير نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه تمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه واذا كان الصغير في يد العم فأجرته أمه صح لانه من الحفظ وهذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح

هذا (كتاب) في بيان أحكام (احياء الموات)

الاحياء مصدر أحيا والموات على وزن فعال بالفتح من الموت وفي الشرع (هي) أي الموات (ارض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها او لغلبته) أي لغلبة الماء (عليها) وهي (غير مملوكة) لاحد قيد به لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي كان ملكه باقيا فيها العدم ما يزيله فلا تكون مواتا فان عرف المالك فهي له وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والاموال الضائعة ولو ظهر لها المالك بعد ذلك أخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شيء عليه (بعيدة من العامر) بأن تكون في مكان بحيث لو وقف انسان في أقصى العامر وصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فانه موات وان كان يسمع فليس بموات لانه فناء العامر فينتفعون به لرعي المواشي وطرح الحصائد وهذا قول أبي يوسف وعند محمد تعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز احياء ما ينتفع به أهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احياء ما لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وبه قالت الثلاثة (ومن احياه) أي الموات (باذن الامام ملكه) عند أبي حنيفة وقالا يملكه من احياه ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله عليه الصلاة والسلام من احيا أرضا ميتة فهي له رواه أحمد والترمذي وصححه وبه قالت الثلاثة الا عند ملك لو تشاح أهل العامر يعتبر الاذن والا لا وله قوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه والمراد به المباحات الا ان الحطب والماء والحشيش خصت بالحديث فبقي ما عداها على الاصل والحديث محمول على انه اذن لقوم بأعيانهم أو المراد به اذا كان باذن الامام جمعا بين الحديثين (وان حجر) الارض (لا) يملكها بالتحجير وهو اما من الحجر وهو المنع لانه يمنع غيره واما من وضع الحجر لانهم كانوا يضعون الاحجار حولها تعليما للحدود وكي لا يشركهم فيها أحد ولكنه هو أولى بها فلا تؤخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها أخذها الامام منه ودفعها الى غيره وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للمحتجر بعد ثلاث سنين حق هذا من طريق الديانة وأما في الحكم فاذا أحياها غيره قبل مضيها ملكها لتحقق سبب الملك منه دون الاول وان حفر لها بئرا فهو تحجير وكذا جعل الشوك حولها ولو كربها أو ضرب عليها المسناة وسقاها أو شق لها نهرا فهو احياء وان فعل أحدهما يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء وان حوطها وسنمها بحيث تعصم الماء يكون احياء وكذا اذا بذرها (ولا يجوز احياء ما قرب من العامر) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا فصار كالطريق والنهر وعلى هذا قالوا

ليس

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

ليس للامام أن يقطع مالاغنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى منها الماء (ومن حفر بئرا فى موات فله حريمها) أى حريم البئر (أربعون ذراعا من كل جانب) لقوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا ثم قيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كى لا يحفر آخر بئرا بجنبها فيتحول ماء الاولى فى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب ولا فرق فى ذلك بين أن تكون البئر للعطن أو للناضح عند أبى حنيفة وعندهما ان كانت للعطن فأربعون ذراعا وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه الصلاة والسلام حريم بئر العطن أربعون وحريم بئر الناضح ستون وله ان الاحاديث تعارضت فقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا من غير فصل فأخذنا بالاقل لانه متيقن وعند أحمد خمسة وعشرون ولو عادية فخمسون وعند الشافعى ومالك يعتبر فيه العرف وبئر العطن التى ينزح منه الماء باليد وبئر الناضح الذى ينزح منه الماء بالبعير والذراع ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة (وحريم العين خمسمائة) ذراع لقوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع ثم قيل هو خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب (فمن حفر فى حريمها) أى فى حريم البئر (منع منه) لانه صار ملكا لصاحب البئر فللاول أن يكبس ما حفره الثانى ولو أراد أن يأخذه بحفره كان له ذلك لانه أتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما يؤاخذه به قيل يكبسه وقيل يضمنه النقصان وليس له أن يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح (وللقناة) وهى مجرى الماء تحت الارض (حريم بقدر ما يصلحه) ولم يقدر بشئ يمكن ضبطه وعن محمد انه بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند أبى حنيفة لا حريم له ما لم يظهر على وجه الارض لانه نهر فى الحقيقة فيعتبر بالنهر وعند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع وحريم شجر يغرس فى الارض الموات خمسة أذرع حتى لا يملك غيره أن يغرس شجرا فى حريمه (وما) أى والذى (عدل عنه الفرات) أى انكشف عنه (ولم يحتمل عوده) أى عود الفرات (اليه) أى الى الذى عدل عنه (فهو موات) أى فى حكم الموات لانه ليس فى ملك أحد وجاز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر (وان احتمل) عوده اليه (لا) يكون فى حكم الموات لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم ولحاجتهم اليه (ولا حريم للنهر) فى ملك الغير عند أبى حنيفة وقالا له حريم من الجانبين بقدر القاء الطين ونحوه وبه قالت الثلاثة وقيل هذا بالاتفاق وهو قول المحققين من أصحابنا ذكره فى المحيط وفى رواية يقدره أبو يوسف بقدر نصف عرض النهر من كل جانب لان المعتبر الحاجة اليه وذلك بنقل ترابه الى حافته فيكتفى بما ذكرنا وقدره محمد بكل عرض النهر من كل جانب لانه قد لا يمكنه القاء التراب من الجانبين فيحتاج الى القائه فى أحدهما فيقدر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الخلاف وان تنازع فى الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكى كان ذلك لصاحب الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما له

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهداله فكان القول قوله وفى كشف الغوامض الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكرى فى كل حين اما الانهار الصغار التى يحتاج فيها الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق

هذه (مسائل) (الشرب) بكسر الشين (هو نصيب) من (الماء) قال تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أى نصيب (الانهار العظام كدجلة والفرات) وسيحون وجيحون والنيل (غير مملوك) لانه ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز (و) اذا لم يكن محرزا صار كالاحد كان (لكل) أحد من الناس (أن يسقى أرضه ويتوضأ به ويشربه) أى ويشرب منه (وينصب الرحا) عليه (ويكرى) أى يحفر (منها) أى من هذه الانهار (نهرا) هذا كله (اذا لم يضر بالعامة) لان الانتفاع بالمباح لا يجوز الا اذا كان لا يضر بأحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء (وفى الانهار المملوكة والآبار والحياض لكل) أحد من الناس (شربه وسقى دابته لا) سقى (أرضه) لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلا والنار رواه أحمد وأبو داود وآخرون والمراد بالماء ماليس بمحرز والمراد بالكلا الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه وأحرزه وان كان فى أرض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء بها والايقاد من لهيبها وليس لصاحبها ان يمنع من ذلك اذا كانت فى الصحراء بخلاف مالو أراد غيره أن يأخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه وانما ليس له سقى أرضه لان فى اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لانهاية لذلك فتذهب به منفعته فيلحقه به ضرر ولا كذلك شربه وسقى دابته (وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور) من البقر وهو الشق أراد ان صاحب النهر اذا خاف على النهر من سقى الدواب أن تكسر ضفته أو تنشق الى موضع آخر فحينئذ (يمنع) لان الحق له على الخصوص وانما ثبت ناحق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به تبطل منفعته (و) الماء (المحرز فى الكوز والحب) بضم الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة وهى الخابية (لا ينتفع به الا باذن صاحبه) لانه ملكه بالاحراز فكان اخص به كالصيد اذا أخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ماروينا فلم يعمل فيما يسقط بالشبهات حتى لو سرقه فى موضع يعز فيه الماء وهو يساوى نصابا لم تقطع يده ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه أو دابته العطش كان له أن يقاتله بالسلاح لاثر عمر رضى الله عنه وان كان محرزا فى الاناء ليس له أن يقاتله بالسلاح وله ان يقاتله بلا سلاح اذا كان فيه فضل عن صاحبه وفى الكافى قيل فى البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح (وكرى نهر) أى حفر وهو مبتدا وقوله (غير مملوك) بالجر صفة نهر وقوله (من بيت المال) خبر المبتدا لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معدلها فكان مؤنة الكرى منه (وان لم يكن فيه) أى فى بيت المال (شئ يجبر الناس على كريه) لان فى تركه ضررا عظيما على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم الامام عليه (وكرى ما) أى الذى أى كرى النهر الذى (هو مملوك يجب على أهله) لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم (ويجبر الآبى) أى الممتنع منهم (على كريه) لما ذكرنا وقيل ان كان خاصا لا يجبر والفاصل بين الخاص والعام ان ما تستحق به الشفعة خاص وما لا تستحق به عام (ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم) أى على أهل

النهر

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

النهر الكائنين (من اعلاه) أى من أعلى النهر عند أبي حنيفة حتى اذا جاوز أرض رجل منهم تسقط مؤنة الكرى وقالا كرى النهر من أوله الى آخره على الشركاء لان الاعلى يحتاج الى ماوراء أرضه ليسيل مافضل من مائه كى لا تغرق أرضه وله انه للحاجة الى سقى الارض ولم يبق له حاجة فلا تجب عليه كمن له حق تسييل ماسطحه على سطح جاره لا يلزمه شئ من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ثم فرع الشيخ على ماسبق بقوله (فان جاوز) الكرى (أرض رجل) منهم (برئ) الرجل من الكرى لما ذكرنا (ولا كرى على أهل الشفة) مع الشركاء لان شركتهم فى ذلك عامة فلم يكن عليهم قسط من الكرى والشفة واحد الشفاه واصله شفهة سقطت الهاء تخفيفا وأهل الشفة هم الذين لهم حق الشرب بشفاههم وسقى دوابهم والاستقاء بالاوانى دون سقى الاراضى (نهر) كائن (بين قوم اختصموا فى الشرب فهو) أى الشرب (بينهم على قدر أراضيهم) لان المقصود من الشرب سقى الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها والظاهر ان حق كل منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلفت فيه الشركاء حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار وليس لاحدهم أن يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على أن الاعلى يسكره حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل منهم فى نوبته جاز ولكن ان أمكنه أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لان النهر ينكبس به وفيه اضرار بالشركاء الا أن يتراضوا على ذلك وان لم ينحبس باللوح فبالتراب وسكر النهر حبسه من حد دخل والسكر بكسر السين مايسكر به الماء (وليس لاحدهم) أى لاحد الشركاء فى النهر (أن يشق منه) أى من النهر (نهرا او ينصب عليه رحا أو) ينصب عليه (دالية) وهى الناعورة وقيل هى جذع طويل مركب تركيب مداق الارز فى رأسه مغرفة كبيرة ليستقى بها (أو) ينصب عليه (جسرا أو يوسع فم النهر) لان فى ذلك كسر ضفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء الا أن تكون الرحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبها فيجوز والدالية والسانية بمنزلة الرحا والقنطرة مثل الجسر والفرق بينهما ان الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الالواح والخشب والقنطرة مما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضوعا ولا يرفع هكذا قاله الشارح قلت الجسر أعم من القنطرة لانه يكون من الخشب ومن التراب أيضا والقنطرة تكون من الحجر ونحوه ولا يلزم الرفع فى الجسر خصوصا اذا عمل من التراب (أو يقسم بالايام و) الحال انه (قد وقعت القسمة بالكوى) بكسر الكاف ويجوز فيه المد والقصر وهو جمع كوة بالفتح وهو النقب لان القديم يترك على حاله لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة فى نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى فى النهر الاعظم لان لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بالطريق الاولى (او يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها) أى ليس للارض الاخرى (فيه) أى فى النهر (شرب) لانه اذا فعل ذلك يخشى ان يدعى حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى اذا تقادم العهد قوله (بلا رضاهم) يتعلق بالجميع أى بلا رضا الشركاء (ويورث الشرب) لانه حق مالى فيجرى فيه الارث (ويوصى بالانتفاع

بعينه) لان جهالة الموصى به لاتمنع الوصية لانها من أوسع العقود حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم (ولا يباع) الشرب (ولا يوهب) ولا يتصدق به للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ولا يصلح مهرا ويجب مهر المثل ولا بدلا فى الخلع حتى تردّ ما قبضت من المهر ولا بدلا فى الصلح عن دعوى المال ولا فى القصاص ويسقط وتجب الدية (ولو ملأ) رجل (أرضه ماء فنزت أرض جاره) بسبب ذلك (أو غرقت) أرض جاره (لم يضمن) لانه سبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان فى التسبب التعدى ألا ترى ان من حفر بئرا فى أرضه لايضمن ما عطب فيها وان حفر فى الطريق يضمن قيل هذا اذا سقى أرضه سقيا معتادا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة اما اذا سقاها سقيا لا تحتمله أرضه فيضمن وهو نظير ما لو أوقد نارا فى داره فاحترق دار جاره فانه ان كان قد أوقد مثل العادة لايضمن وان كان بخلاف العادة يضمن والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاشربة)

وهو جمع شراب وهو اسم لكل ما يشرب من المائعات وفى اصطلاح الفقهاء (الشراب ما يسكر) من الاشربة (والمحرم منها) أى من الاشربة (أربعة) أنواع الاول (الخمر وهى) أى الخمر (النيّ) بكسر النون وتشديد الياء (من ماء العنب اذا غلى) من غلى يغلى غليا وغليانا (واشتدّ وقذف) أى رمى (بالزبد) وهو الرغوة هذا باتفاق أهل اللغة وقال بعضهم كل مسكر خمر لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم وآخرون وعن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا وان من الشعير خمرا ومن الزبيب خمرا ومن التمر خمرا ومن العسل خمرا رواه أبو داود والترمذى وغيرهما قلنا الخمر حقيقة ما ذكرناه وغيره كل واحد له اسم مثل المثلث والباذق والطلاء والمنصف والسكر ونحوها واطلاق الخمر عليها مجاز وعليه يحمل الحديث ثم اشتراط القذف بالزبد عند أبى حنيفة وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد لانه سمى خمرا قبل القذف وبه قالت الثلاثة وله ان أحكام الخمر مقطوع بها فلا تثبت بالشبهة فاذا قذف بالزبد زالت شبهته والغليان والشدة شرط بالاجماع وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفى وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد احتياطا (وحرم قليلها) أى قليل الخمر (وكثيرها) بالاجماع حتى ان وجوب الحد يتعلق بنفس الشرب لان قليله يدعو الى كثيره وبخلاف سائر المشروبات (و) النوع الثانى (الطلاء) بكسر الطاء (وهو العصير ان طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه) وقيل اذا ذهب ثلثه فهو الطلاء واذا ذهب نصفه فهو المنصف وان طبخ أدنى طبخة فهو الباذق والكل حرام اذا غلا واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف السابق فى القذف بالزبد وجه الحرمة انه رقيق مطرب يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد الناشئ من شربه وفى المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روى أن كبار الصحابة رضى الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقى ثلثه على ما يجئ عن قريب وانما سمى طلاء لقول عمر رضى الله عنه ما أشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذى يطلى به البعير اذا كان به جرب وذكر فى الهداية مثل ما ذكره الشيخ ويسمى الباذق أيضا وقال الاوزاعى انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه

مشروب

مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره ولهذا يجتمع عليه الفساق (و) النوع الثالث (السكر) بفتحتين (وهو النيء من ماء الرطب) واشتقاقه من سكرت الريح اذا سكنت وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن الله علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم ولنا ما روينا من قبل واجماع الصحابة رضي الله عنهم والآية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة (و) النوع الرابع (نقيع الزبيب وهي النيء من ماء الزبيب) لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم وبعد الغد الى مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم رواه مسلم فان بقي شيء أهرقه أو امر به فاهريق وشرط حرمته أن يقذف بالزبد بعد الغليان ويأتي فيه خلاف الاوزاعي كما في الباذق والوجه ما بينا (والكل) أي الاشربة الثلاثة وهي الطلا والسكر ونقيع الزبيب (حرام اذا غلى واشتد) فاذا لم يغل ولم يشتد لا يحرم (وحرمتها) أي حرمة هذه الاشربة الثلاثة (دون حرمة الخمر) لان حرمة الخمر قطعية وحرمة هذه بالاجتهاد (فلا يكفر مستحلها) لذلك (بخلاف الخمر) فان مستحلها يكفر لما ذكرنا ولا يجب الحد بشرب هذه الثلاثة ما لم يسكر منها ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في أخرى ويجوز بيعها عند أبي حنيفة ويضمن بالاتلاف القيمة وقالا يحرم بيعها ولا يضمن متلفها وبه قالت الثلاثة (والحلال منها) أي من الاشربة (أربعة) أنواع الاول (نبيذ التمر والزبيب ان طبخ أدنى طبخة) فهو حلال شربه (وان اشتد اذا شرب منه ما لم يسكر بلا لهو و) لا (طرب) لما روى عن أبي قتادة ان النبي عليه الصلاة والسلام قال لا تنتبذوا الزهو والرطب جميعا ولا تنتبذوا الرطب والزبيب جميعا ولكن انتبذوا كل واحد منهما على حدته رواه مسلم والبخاري وفي رواية التمر بدل الرطب وهذا نص على ان كل واحد منهما على الانفراد يحل وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام باجماع الصحابة رضي الله عنهم وكذا ما روى عن أنس رضي الله عنه ان الخمر حرمت والخمر يومئذ البسر والتمر رواه البخاري مسلم فالمراد به غير المطبوخ لان حكمه حكم الخمر فلهذا أطلق عليه اسم الخمر وقد ورد في حرمة المتخذ من التمر أحاديث كلها صحاح فاذا حمل المحرم على النيء والحلال على المطبوخ فقد حصل التوفيق بين الادلة واندفع التعارض (و) النوع الثاني (الخليطان) من الزبيب والتمر لما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كنا ننتبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم في سقاء فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الماء فننتبذه غدوة فيشربه عشية وننتبذه عشية فيشربه غدوة رواه ابن ماجه وروى عن ابن زياد قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي الى أهلي فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهو محمول على المطبوخ لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب النيء منه (و) النوع الثالث (نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة) فهو حلال سواء (طبخ أولا) أي او لم يطبخ لان قليله لا يفضي الى الكثير كيفما كان لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأحمد وآخرون فخص التحريم بهما والمراد بيان الحكم أي حكمهما واحد لأن كل واحد منهما يسمى خمرا حقيقة (و) النوع الرابع (المثلث العنبي) وهو ما طبخ من

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث لما روى عن أبي موسى رضي الله عنه أنه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي الثلث رواه النسائي وله مثله عن أبي الدرداء وقال البخاري راى عمر وأبو عبيدة ومعاذ رضي الله عنهم شرب الطلاء على الثلث وشرب البراء وأبو جحيفة على النصف وقال أبو داود سألت أحمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال لا بأس به قلت انهم يقولون انه يسكر فقال لا يسكر لو كان يسكر لما أحله عمر رضي الله عنه وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والثلاثة كل ما أسكر كثيره فقليله حرام من أي نوع كان لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم من رواية ابن عمرو عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال ما أسكر كثيره فقليله حرام رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني وصححه والفتوى على قول محمد وهذا الاختلاف فيما اذا قصد به التقوى دون التلهي وان قصد به التلهي فهو حرام بالاجماع فاذا كان مباحا عندهما فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك وعن محمد يحد اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا طلق امرأته وهو سكران منه كما في الاشربة المحرمة وعن أبي حنيفة المتخذ من لبن الرماك لا يحل اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح أنه يحل عنده على ما ذكره صاحب الهداية لان كراهية لحمه لاحترامه فلا تتعدى الى لبنه (وحل الانتباذ) أي اتخاذ النبيذ (في الدباء) وهي القرعة (والحنتم) بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء المثناة من فوق وهي الجرار الحمر وقيل الخضر كانت تحمل الى المدينة فيها الخمر (والمزفت) وهو الاناء المطلي جوفها بالزفت بكسر الزاي أي القير (والنقير) هو أصل خشبة ينقر جوفها لقوله عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا رواه مسلم وآخرون (و) حل أيضا (خل الخمر سواء خللت) بالقاء شيء فيها كالملح ونحوه (أو تخللت) بنفسها من غير علاج وقال الشافعي ان خللت لا تحل قولا واحدا وان تخللت بالنقل من الظل الى الشمس أو بالعكس أو بايقاد النار بالقرب منها ففيه قولان لما روى عن أنس رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الخمر يتخذ خلا فقال لا رواه مسلم وآخرون ولنا قوله تعالى أحل لكم الطيبات وقد تغيرت العين والخل طيب بالطبع فيحل وقوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل رواه مسلم وهو مطلق فيتناول جميع صورها والمراد بالنهي ان تستعمل الخمر استعمال الخل بان ينتفع بها انتفاعه كالائتدام وغيره فان قلت روى أحمد وأبو داود عن أنس أن أبا طلحة رضي الله عنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا قال أهرقها قال أفلا نجعلها خلا قال لا قلت الروايات فيه مضطربة ففي رواية أنه عليه الصلاة والسلام قال له خللها فلا يكون حجة ولو ثبت على ما قالوا فيحمل على أنه كان في ابتداء الاسلام حين كان النبي عليه الصلاة والسلام يبالغ في أمر الخمر زجرا لهم وقلعا عن العادة المألوفة ألا ترى انه أمر بكسر الدنان وان لم يكن مشروعا الآن فكذا هذا على أنها أخبار آحاد وردت على مخالفة الكتاب فلا تقبل (وكره شرب دردي الخمر) وهو ما يبقى في أسفلها لان فيه اجزاء الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام (و) كذا يكره (الامتشاط به) أي بدردي الخمر لما ذكرنا (ولا يحد شاربه) أي شارب الدردي (بلا سكر) وقال الشافعي يحد شاربه لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر

وفي الدردي قطرات منها وبه قال مالك وأحمد والاصح ماقلنا انه لايحد الا بالسكر لان الغالب غير الخمر فيتعلق الحد بالسكر والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الصيد)

(الصيد) مصدر من صاد يصيد صيداً أشار اليه بقوله (هو الاصطياد) ويطلق على المفعول يقال صيد الامير أي مصيوده ويطلق على كل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمي بجناحيه أو بقوائمه مأكولاً أو غير مأكول (ويحل) الاصطياد (بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة) كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفي الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته فتذكيه وعن أبي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته وذكر بعضهم الذئب بدل الدب وكذا في المحيط وألحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها وأما الخنزير فمستثنى بلا خلاف لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به (ولا بد من التعليم) لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح (وذا) أي التعليم يكون (بترك الاكل ثلاثاً) أي ثلاث مرات (في الكلب) عند أبي يوسف ومحمد لانه ترك العادة والثلاث مدة ضربت لذلك كمدة الخيار ونحوها وهي رواية عن أبي حنيفة وعنه أنه مفوض الى رأي المعلم لانه يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال فيفوض اليه وعند الشافعي تعليم الكلب بالعرف وعند مالك بالانزجار (و) التعليم (بالرجوع) أي برجوع الجارح من الطيور (اذا دعوته) لان أهل الصنعة يعدون ذلك تعليماً وقوله (في البازي) بيان لقوله وبالرجوع لانا نقول ان الالف واللام فيه بدل من المضاف اليه وهو الجارح فيكون قوله في البازي بيانا للجارح ولا يعاد الضمير الى البازي لان المعنى يكون اذا دعوت البازي في البازي وهذا سمج بل التقدير ماذكرناه (ومن التسمية) عطف على قوله من التعليم أي ولا بد من التسمية (عند الارسال) أي ارسال الجارح أو السهم لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه واذا نسي التسمية عند الارسال فلا بأس به وقد بيناه (و) لا بد (من الجرح في أي موضع كان) لان المقصود اخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة وهذا ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يشترط وهو قول الشعبي وقول للشافعي لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم مطلقا من غير قيد للجرح فمن شرطه فقد زاد على النص قلنا اذا لم يجرحه صار موقوذة وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق فيحمل على المقيد في اتحاد الواقعة (فان أكل منه) أي من الصيد (البازي أكل) لان تعليمه ليس بترك أكله وهذا بالاجماع الا عند الشافعي في الجديد لا يؤكل (وان أكل الكلب أو الفهد لا) يؤكل مطلقا عندنا يعني سواء كان نادراً أو معتاداً وللشافعي قولان فيما اذا أكل نادراً ففي قول يحرم وفي قول يحل وبه قال مالك ولو اعتاد الاكل حرم ماظهرت عادته فيه وهل يحرم ما أكل منه قبل الذي ظهرت عليه عادته فيه وجهان والاصح ماقلنا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك الا أن يأكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه رواه البخاري ومسلم ولو صاد الكلب صيوداً ولم يأكل منها شيأ ثم أكل من صيد بعد ذلك لا يؤكل الذي أكل منه وأما الصيود التي

أخذها من قبل لا تظهر الحرمة فيه وما ليس بمحرز بأن كان فى المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز فى البيت يحرم عند أبى حنيفة خلافا لهما وقيل انما تحرم تلك الصيود عند أبى حنيفة ان كان العهد قريبا اما اذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهر أو أكثر وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود فى قولهم جميعا وقال السرخسى الاصح أن الخلاف فى الفصلين ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فأرسله فصاد لا يؤكل صيده فصار كالكلب اذا أكل منه ولو شرب الكلب من دمه ولم يأكل من لحمه شيأ أكل ولو ألقى اليه الصائد قطعة منه فأكلها يؤكل ما بقى لان هذه عادة الصيادين وكذا اذا خطف الكلب منه وأكله لانه لم يأكل من الصيد اذ لم يبق صيدا فى هذه الحالة ولو نهشه فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدركه فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل لانه كلب جاهل ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد (وان أدركه) أى وان أدرك الصائد الصيد حال كونه (حيا ذكاه) أى ذبحه لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف والبازى والسهم كالكلب (وان لم يذكه حتى مات) الصيد (أو خنقه الكلب أو لم يجرحه أو شاركه) أى الكلب المعلم (كلب غير معلم أو) شاركه (كلب مجوسى أو) شاركه (كلب لم يذكر اسم الله عليه) حال كونه (عمدا حرم) الصيد فى الوجوه كلها أما الاول فلان ذكاته كانت اختيارية وأما اذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون فى المذبوح بأن بقر بطنه ونحو ذلك ولم يبق الا مضطربا اضطراب المذبوح فحلال بالاجماع قيل هذا قولهما وعند أبى حنيفة لا يحل الا اذا ذكاه وان كان فيه حياة فوق ما يكون فى المذبوح فكذلك فى رواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو قول الشافعى لانه لم يقدر على الاصل ولا يؤكل فى ظاهر الرواية لانه قادر حكما وفصل الشافعى تفصيلا آخر غير ما ذكرنا فقال ان لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير من جهته وان كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير وأما الثانى فلعدم الجرح والكسر كالخنق وأما البقية فلانه اجتمع المبيح والمحرم فغلبنا جهة الحرمة احتياطا (وان أرسل مسلم كلبه فزجره) أى أغراه (مجوسى) (فانزجر) الكلب (حل) ما صاده لان الزجر غير الارسال لكونه بناء عليه فلا ينفسخ به الارسال (ولو أرسله) أى الكلب (مجوسى فزجره مسلم فانزجر حرم) ما صاده لما ذكرنا (وان لم يرسله) أى الكلب (احد فزجره مسلم حل) استحسانا لانه يجعل ارسالا عند عدم الارسال لان انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فأخذ غيره وهو على سننه حل خلافا لمالك ولو أرسل من غير تعيين يحل ما أصابه خلافا لمالك ولو أرسله على صيود بتسمية واحدة حالة الارسال فقتل الكل حل الجميع بخلاف ما اذا كان على التعاقب (وان رمى) الى صيد (وسمى وجرح أكل) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم رضى الله عنه اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى عليه فان وجدته قد قتل فكل الا أن تجده قد وقع فى ماء فانك لا تدرى الماء قتله أو سهمك رواه البخارى ومسلم ولا فرق فى ذلك بين أن يصيب المرمى بنفسه أو غيره من الصيد كما فى ارسال الكلب واليه الاشارة من اطلاق الشيخ حيث لم يعين المرمى ولا المصاب حتى يدخل تحته ما اذا سمع حسا فظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا غير ما سمع حسه

يحل

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

يحل أكله سواء كان المسموع في الاول مأكولا أو غير مأكول وعن أبي يوسف انه ان كان الحس حس سبع سوى الخنزير يؤكل المصاب وان كان حس خنزير لا يؤكل وقال زفر ان كان حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل المصاب وان تبين أن المسموع حسه آدمي أو حيوان أهلي أو ظبي مستأنس أو موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا فلا يقوم مقام الذكاة ولو رمى الى طائر فأصاب غيره من الصيود وفر الطائر ولا يدري أهو وحشي أم لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى الى بعير فأصاب صيدا ولا يدري أهو ناد أم لا حيث لا يحل المصاب ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فتبين أنه صيد حل (وان أدركه) أي الصيد حال كونه (حيا ذكاه) لما ذكرنا أن القدرة على الاصل تبطل الخلف (وان لم يذكه) حتى مات الصيد (حرم) لما ذكرنا (وان وقع سهم بصيد فتحامل) أي تجلد على السهم حتى غدا (وغاب) عنه (و) الحال أنه (هو) لم يزل (في طلبه حل) لقوله عليه الصلاة والسلام لابي ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكل مالم ينتن رواه مسلم وآخرون (وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لا) يحل لانه ربما يكون موته بسبب آخر فلا يحل وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر قلت الحديث ينافي هذا فافهم (وان رمى صيدا فوقع في ماء أو) وقع (على سطح أو) وقع على (جبل ثم تردى) أي سقط (منه) أي من السطح أو الجبل (الى الارض حرم) لقوله تعالى والمتردية ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا وقع في الماء فلا تأكل رواه البخاري ومسلم (وان وقع) الصيد (على الارض ابتداء حل) لانه لا يمكنه الاحتراز عنه فسقط اعتباره كي لا ينسد بابه ولو وقع على سطح أو جبل أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يترد حل لان وقوعه على هذه الاشياء كوقوعه على الارض ابتداء بخلاف ما اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى منه الى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم وفي المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر (وما قتله المعراض) وهو سهم طويل له أربع قذذ دقاق اذا رمى به اعترض والقذذ جمع قذة وهي ريش السهم أي الصيد الذي قتله المعراض (بعرضه أو) الذي قتلته (البندقة حرم) لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا رميت بالمعراض فخزق فكله وان أصابه بعرضه فلا تأكله رواه البخاري ومسلم والبندقة لا تجرح وان رماه بالسيف أو السكين فان أصابه بحده أكل والا لا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا لا يؤكل وان جرح وان كان خفيفا وبه حدة وجرح يحل ولو رماه بمروة حديدة فلم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لا يحل الا اذا كان له حد فبضع بضعا (وان رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل) الصيد (لا) يؤكل (العضو) وقال الشافعي أكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار وبه قال مالك وأحمد في رواية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من بهيمة وهي حية فما قطع منها فهو ميتة رواه ابن ماجه (وان قطعه أثلاثا و) الحال ان (الاكثر مما يلي العجز) وهو النصف المؤخر (اكل كله) لان المبان منه حي صورة

لاحكما اذلا يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة فى الحال فحل أكله كما اذا أبين رأسه فى الذكاة الاختيارية وكذا اذا قد نصفين بخلاف ما اذا قطع يدا أو فخذا أو رجلا أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لانه لا يتوهم بقاء الحياة فى الباقى وان ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الالم بابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل قطع الاوداج لا تحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت (وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد) لانهم ليسوا من أهل الذكاة الاختيارية فكذا فى الاضطرارية وكذا صيد المحرم فى حق الاكل (وان رمى صيدا فلم يثخنه) يعنى لم يخرجه من حيز الامتناع (فرماه) رام (آخر فقتله فهو) أى الصيد (للثانى) لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه (وحل) لان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح أى موضع كان وقد وجد (وان أثخنه) الاول بأن أخرجه عن حيز الامتناع (فللاول) أى فالصيد للاول (وحرم) أكله لانه لما أثخنه كان قادرا على الذكاة الاختيارية فوجبت عليه ذكاته ولم يذكه فصار الثانى قاتلا له فيحرم (وضمن الثانى للاول قيمته) أى قيمة الصيد جميعا (غير ما نقصته جراحته) لانه أتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزمه قيمة ما اتلف وقيمته وقت اتلافه كانت ناقصة بجراحة الاول فيلزمه ذلك بيانه أن الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين ثم مات يضمن الثانى ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول هذا اذا علم حصول القتل بالثانى بأن كان رمى الاول بحال يسلم منه ورمى الثانى بحال لا يسلم منه وان كان علم حصوله بهما أو شك فى أن القتل حصل برمى الاول أو برمى الثانى ضمن الثانى للاول ما نقصته جراحته وضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين وضمن نصف قيمة لحمه أما الضمان الاول وهو ضمان ما نقصته جراحته فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمنه وأما الضمان الثانى وهو ضمان نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان الجراحة الاولى ما كانت بصنع الثانى فلا يضمنها والجراحة الثانية ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا فلا يضمنها ثانيا وأما الضمان الثالث وهو ضمان نصف قيمة اللحم فلان برمى الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه توضيح طريق الضمان ان الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة مثلا فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين يضمن الثانى للاول ما نقصته جراحته وهو درهمان وبقى من قيمته ستة دراهم فيضمن الثانى أيضا نصفها وهو ثلاثة دراهم وهى نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم اذا مات يضمن النصف الآخر وهو ثلاثة أيضا لانه فوت عليه اللحم ولا يضمن النصف الآخر من اللحم بعد الموت وان كان تفويت اللحم فيه موجودا بقتله لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان يتكرر الضمان بأن يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت وهذا لا يجوز (وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل) لحمه بسبب جلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع لاطلاق قوله تعالى فاصطادوا والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الرهن)

وهو

Digitized by Google	Original from INDIANA UNIVERSITY

وهو فى اللغة مطلق الحبس قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة ويطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال رهنت الرجل شيأ ورهنت عنده وأرهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن وفى الشرع (هو) أى الرهن (حبس شئ بحق) أى بسبب حق (يمكن استيفاؤه) أى استيفاء الحق (منه) أى من ذلك الشئ الذى هو رهن واحترز به عن الحدود والقصاص وقوله (كالدين) توضيح لقوله بحق يمكن استيفاؤه منه لان الدين هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعيينه فعلى هذا لا يجوز الرهن الا بالدين لان العين لا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يجوز بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلى فيها المثل أو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته ويمنع وجوب الزكاة على من هو فى يده فى ماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام وعند البعض وان كان الموجب الاصلى رد العين ورد القيمة مخلصا ولا يجب الضمان الا بعد الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما فى الكفالة بخلاف الاعيان غير المضمونة كالامانات أو المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها (وينعقد) أى الرهن (بايجاب وقبول) لانه عقد فأشبه سائر العقود ووقع فى بعض النسخ ولزم بايجاب وقبول واعتمد الشارح عليه ثم قال وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما ولو اعتمد على النسخة الصحيحة لما نسبه الى السهو ولا يعترض على المصنفين بما يقع من النساخ الجهلة وهل عليهم ضرر غيرهم (ويتم) أى الرهن (بقبضه) فيلزم به وقال مالك يلزم بنفس العقد كالبيع والاجارة ولنا قوله تعالى فرهن مقبوضة علقه بالقبض فلا يتم الا به حال كونه (محوزا) أى مجموعا احترز به عن رهن التمر على رؤس النخل والزرع فى الارض وحال كونه (مفرغا) واحترز به عن رهن النخل بدون التمر والارض بدون الزرع وحال كونه (مميزا) واحترز به عن الشيوع وهذه الاحوال اما متداخلة أو مترادفة (والتخلية) هى ان يخلى بين الرهن والمرتهن وفى البيع بين المبيع والمشترى (فيه) أى فى الرهن (وفى البيع قبض) لان هذا هو غاية ما يقدر عليه وعن أبى يوسف انه لا يصح فى المنقول الا بالنقل وبه قال أحمد قال الشارح والصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم قلت اذا كانت التخلية تسليما فمن ضرورته الحكم بالقبض سواء وجد القبض حقيقة أو لا فالشيخ رحمه الله ذكر الغاية التى يبنى عليها الحكم لانه هو المقصود (وله) أى للراهن (أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه) المرتهن لما ذكرنا انه تبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة وفيه خلاف مالك وقد ذكرناه (وهو) أى الرهن (مضمون بأقل من قيمته) اى قيمة الرهن (ومن الدين) ثم بين تفريع هذا الكلام بالفاء بقوله (فلو هلك) الرهن (و) الحال ان (قيمته) أى قيمة الرهن (مثل دينه) أى دين المرتهن (صار) المرتهن (مستوفيا دينه) حكما (وان كانت) قيمة الرهن (أكثر من دينه فالفضل أمانة) فى يد المرتهن يضمنه ان كان متعديا وان كان الهلاك من غير تعد فلا ضمان عليه (وان كانت) قيمته (أقل) من الدين (صار) المرتهن (مستوفيا بقدره) أى بقدر

الرهن (ورجع المرتهن) على الراهن (بالفضل) أى بالدين الذى فضل عن الرهن الهالك مثلا اذا كان الدين مائة درهم والرهن أيضا يساوى مائة درهم فهلك من غير تعد صار المرتهن مستوفيا دينه حكما ولا يبقى له مطالبة بالرهن وان كان الرهن يساوى مائة وخمسين درهما مثلا فالخمسون أمانة فى يده فلا يضمنها الا بالتعدى وان كان الرهن يساوى تسعين يصير المرتهن مستوفيا من دينه تسعين درهما ويرجع على الراهن بعشرة دراهم وعند زفر الرهن كله مضمون بالقيمة حتى اذا كانت قيمته أكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل وعند الشافعى الرهن كله امانة فى يد المرتهن لا يسقط من الدين شئ بهلاكه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه الدارقطنى قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه أى للراهن الزوائد وعليه غرمه أى لو هلك كان الهلاك على الراهن وبه قال أحمد وقال مالك ان هلك بأمر ظاهر فهو فى ضمان الراهن وان هلك بأمر خفى فهو فى ضمان المرتهن ولنا ماورى ان رجلا رهن فرسا فنفق فاختصما الى النبى عليه الصلاة والسلام فقال ذهب حقك وفى رواية الرهن بما فيه رواه الدارقطنى وقد حكم النبى صلى الله عليه وسلم ببطلان الدين وعن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم انهم قالوا الرهن مضمون فهم وان اختلفوا فى كيفية الضمان فقد اتفقوا على أنه مضمون واختلفوا فى الزيادة وهو مذهب شريح والشعبى وابن سيرين والحسن وطاوس وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وخارجة بن زيد والقاسم بن محمد وعبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله عنهم وماروا الشافعى فى اسناده زياد بن سعد ضعيف ولما رواه الدارقطنى قال على أثره زياد حافظ ثقة وذلك امارة طعن تقدم فيه وقيل ان قوله له غنمه وعليه غرمه من كلام الراوى قلت الاحتجاج باجماع الصحابة أولى وأسلم لان الحديث الذى احتج به أصحابنا له طرق فيها اسمعيل بن أبى أمية وسعيد بن راشد وهشام بن زياد وعبد الكريم وغلام خليل واسمه أحمد بن محمد بن غالب اتفق الحفاظ على تكذيب هؤلاء كابن معين والنسائى وابن حبان وأبى حاتم وابن عدى والدارقطنى والحاصل ان حكم الرهن عندنا صيرورته محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعند الشافعى تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع وجعله أولى به وتقديمه على سائر الغرماء فيخرج على الاصلين عدة مسائل كلها مختلف فيها منها أن الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافى موجبه وهو تعينه للبيع ومنها ان حكم الرهن يسرى الى الولد عندنا فيحبس مع الاصل وعنده لا يسرى لان الولد الحادث بعد الاستيفاء فى الاستيفاء الحقيقى يكون للمستوفى فكذا فى الاستيفاء الحكمى ومنها ان رهن المشاع لا يجوز عندنا لان حكم الرهن هو الحبس والحبس الدائم لا يتصور فيه وعنده يجوز لامكان بيعه (وله) أى للمرتهن (أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) أى بسبب دينه وان كان الرهن فى يده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة وكذا لا يمتنع به الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة (ويؤمر المرتهن باحضار رهنه) اذا طلب المرتهن دينه ليعلم انه باق (و) يؤمر (الراهن باداء دينه أولا) اذا احضر المرتهن الرهن كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشترى الثمن أولا وان طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه فان كان الرهن

مما

م الاجل له ولا مؤنة فكذلك الجواب والا يستوفى دينه ولا يكلف احضار الرهن (وان كان الرهن فى يد المرتهن لا يمكنه) أى الراهن (من البيع) أى من بيع الرهن (حتى يقضيه الدين) لان حكم الرهن الحبس الى أن يقضى الدين فلوقضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع (فاذا قضى) الراهن جميع الدين (سلم) المرتهن (الرهن) لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن اليه فلوهلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه الى الراهن استرد الراهن ماقضاه من الدين لانه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده (ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما) أى من حيث الاستخدام فى الرقيق (ولبسا) أى ومن حيث اللبس فى الثياب (واجارة) أى ومن حيث الاجارة فى العقار (واعارة) أى ومن حيث الاعارة لان مقتضاه الحبس دون الانتفاع فلا يجوز الا بالتسليط فان فعل كان متعديا (ويحفظه) أى ويحفظ المرتهن الرهن (بنفسه وزوجته وولده) الذى فى عياله (وخادمه الذى فى عياله) كما فى الوديعة وأجيره الخاص وهو الذى استأجره مشاهرة أومسانهة كولده الذى فى عياله والمعتبر فيه المساكنة ولاعبرة بالنفقة حتى ان المرأة لودفعته الى زوجها لا تضمن (وضمن) المرتهن (بحفظه) أى بحفظ الرهن (بغيرهم) أى بغير المذكورين للتعدى (و) كذا يضمن (بايداعه) أى بايداع الرهن عند أحد فيضمن جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن المودع الثانى فهو على الخلاف الذى مضى فى مودع المودع (و) كذا يضمن عند (تعديه) أى تعدى المرتهن على الرهن وقوله (قيمته) منصوب لانه مفعول لقوله وضمن أى وضمن جميع قيمته لما ذكرنا ثم ان القاضى ان قضى بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء اذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان موجلا يضمن المرتهن قيمته ويكون رهنا عنده فاذا حل الاجل أخذه بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنا عنده الى أن يقضيه دينه لانه بدل الرهن فأخذ حكمه (واجرة بيت حفظه) أى حفظ الرهن (و) اجرة (حافظه) تجب (على المرتهن وأجرة راعيه) أى راعى الرهن بان كان حيوانا (ونفقة الرهن والخراج) بالرفع عطف على المضاف أى خراج الارض يجب (على الراهن) والاصل فيه ان مايحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أولم يكن وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعى مثله لانه علف البهائم وكسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكرى النهر وسقى البستان وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ماكان لحفظه لرده الى يد الراهن أولرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ وأجرة البيت الذى يحفظه فيه وعن أبى يوسف ان أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة ومن هذا القسم جعل الآبق وأما العشر فهو مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن فى الباقى لانه تبين بالاستحقاق انه لا يملك قدر المستحق فكان الرهن شائعا من الابتداء وتبين ان الرهن كان باطلا والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز) من ذلك *

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

(لا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعي يجوز لان الشائع قابل للبيع واستيفاء الثمن منه وبه قال مالك وأحمد ولنا أن ملك الحبس يقتضي تصوره وتصور حبس المشاع لا يتحقق فلا يجوز فلو طرا الشيوع عليه يحكم أبو يوسف ببقائه وقالا يفسد وهذا كما اذا سلط الراهن رجلا على بيع المرهون وأذن له فيه عند المحل جملة وتفريقا فباع بعضه عند المحل فعنده الرهن صحيح ولا يفسد بطرو الشيوع (و) لا رهن (الثمرة على النخل دونها) أي دون النخل (و) لا رهن (زرع في الارض دونها) أي دون الارض (و) لا رهن (نخل في أرض دونها) أي دون الارض وقدمر فيما مضى وعن أبي حنيفة ان رهن الارض دون الشجر جائز (و) لا رهن (الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان الاستيفاء من هؤلاء يتعذر لاستحقاقهم الحرية (ولا) يجوز الرهن أيضا (بالامانات) كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة لانها ليست بمضمونة (و) لا (بالدرك) صورته باع شيأ وسلمه الى المشتري فخاف المشتري من الاستحقاق فأخذ بالثمن رهنا فهذا الرهن باطل والكفالة به جائزة والفرق انه شرع للاستيفاء ولا استيفاء الا في الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق وأما الكفالة فتشبه ابتداء الالتزام بغير عوض وذلك يحتملهما كالتزام الصوم والصلاة (وانما يصح الرهن (بدين) لانه استيفاء فيتحقق فيه الواجب (ولو) كان الدين (موعودا) وهو أن يقول أرهنتك هذا بألف لتقرضني ألفا مثلا وقبض الرهن فهلك في يده قبل أن يقرضه ألفا فانه يهلك مضمونا على المرتهن حتى يجب عليه تسليم الالف الى الراهن لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة وعند الثلاثة هذا لا يصح وان لم يسم قدره بأن رهنه على أن يعطيه شيأ فهلك في يده يعطي المرتهن الراهن ماشاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيأ فيكون بيانه اليه بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن أبي يوسف أنه يجب قيمة الرهن في الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء (و) يصح أيضا (برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز بناء على أن ذلك استبدال فانه اذا هلك في مجلس العقد صار المرتهن مستوفيا واستيفاء غير رأس المال فيهما لا يصح ولنا أن المجانسة ثابتة من حيث المالية والمضمون من الرهن ماليته لا عينه فيتحقق الاستيفاء من حيث المال فصار كسائر الديون ثم أشار الى مظهر فائدة جواز الرهن بالاشياء المذكورة بالفاء بقوله (فان هلك) الرهن في مجلس العقد تم الصرف والسلم و (صار) المرتهن (مستوفيا) حكما لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وعند الثلاثة لا وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما وان كان الرهن بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لان قبضه لا يجب في المجلس ثم ان هلك بعد الافتراق صار مستوفيا للمسلم فيه فتم السلم كما اذا كان رهنا برأس المال أو ببدل الصرف فهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه حكما فيتم الصرف والسلم (وللاب أن يرهن بدين عليه عبدا) وانتصاب عبدا على انه مفعول يرهن أي عبدا كائنا (لطفله) أي لولده الصغير لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه في حق الصبي لانه اذا هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة والوصي في هذا كالاب وعن أبي يوسف وزفر انهما لا يملكان ذلك لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه

كالايفاء

كالايفاء حقيقة ثم اذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب والوصي موفيا له به ويضمنان ذلك القدر للصغير وذكر التمرتاشي رحمه الله ان قيمة الرهن اذا كانت أكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لان للاب أن ينتفع بمال الصبي بخلاف الوصي وذكر في الذخيرة التسوية بينهما في الحكم وقالا لا يضمنان الفضل لانه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه توكيل على بيعه وهما يملكانه ثم اذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لانهما أوفيا دينهما بماله ولو رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب فليس له أن يسترده حتى يقضي الدين لان تصرف الاب عليه نافذ لازم (وصح رهن الحجرين) أي الذهب والفضة (والمكيل والموزون فان رهنت) هذه الاشياء (بجنسها) فهلكت (هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة بالجودة) لانها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس وهذا عند أبي حنيفة فان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف الجنس فتكون رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان (ومن باع عبدا على أن يرهن المشتري بالثمن شيأ بعينه فامتنع) المشتري (لم يجبر) عليه وقال زفر يجبر على تسليمه لاجل الشرط ولنا أن عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع (وللبائع فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه ففواته يوجب الخيار (الا أن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع (قيمة الرهن) المشروط (رهنا) لان المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته (وان قال) المشتري (للبائع امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن) وقال زفر لا يكون رهنا لان الصيغة صيغة الايداع وبه قالت الثلاثة وهو رواية عن أبي يوسف ولنا أن معنى ما وجد منه معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء فيجعل رهنا اعتبارا للمعنى (ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ) الراهن (أحدهما بقضاء حصته) بان دفع الى المرتهن خمسمائة فانه لا يأخذ أحد العبدين بل المجموع محبوس بكل الدين (كالمبيع) في يد البائع فان سمى لكل واحد منهما شيأ من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبض احدهما اذا أدى ما سمى له (ولو رهن عينا عند رجلين صح) الرهن سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا شريكين فيه ويكون جميع العين رهنا عند كل واحد منهما اذ لا تضايق في استحقاق الحبس فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة لان العين تنقسم عليهما فيثبت الشيوع ضرورة فاذا تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر هذا اذا كان مما لا يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع عند رجلين شيئا قبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر فان الدافع يضمن عنده خلافا لهما (والمضمون على كل) واحد منهما (حصة دينه) لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس أحدهما أولى من الآخر فيقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزي (فان قضى) الراهن (دين أحدهما فالكل) أي فجميع الرهن (رهن عند الآخر) لان كله محبوس بكل جزء من أجزاء الدين فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا (وبطل بينة كل منهما) أي كل واحد

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

من الرجلين (على رجل انه) أى ان كل واحد (رهنه) أى رهن العبد مثلا (عنده) أى عند الرجل (و) انه (قبضه) أى العبد لان كل واحد منهما أثبت بينة انه رهنه كل العبد فلا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذا فى حالة واحدة فيمتنع القضاء به وكذا يمتنع القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية ولا وجه الى القضاء بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فيتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن أن يقدر كانهما ارتهنا معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بالبينتين بخلاف ما اقتضته الحجة لان كل منهما أثبت بحجته حبسا يكون وسيلة الى أن يملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة (ولو مات راهنه) أى راهن العبد مثلا (و) الحال ان (العبد فى ايديهما) أى فى أيدى المرتهنين وهذا ليس بقيد وانما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن العبد فى أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك (فبرهن كل واحد منهما (على ما وصفنا) بان أقام كل منهما بينة انه ارتهن هذا العبد منه (كان فى يد كل واحد منهما نصفه) أى نصف العبد مثلا حال كونه (رهنا بحقه) عندهما فاذا كان لكل واحد منهما نصفه يباع فى دينه لان المقصود من الرهن بعد الموت كون المرتهن أحق به من الغرماء قال أبو يوسف لا يقبل البينتان والعين بين الغرماء بالحصص لانه لا يمكن القضاء برهن الكل للكل للتعارض والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الرهن يوضع على يد عدل)*

(وضعا) أى الراهن والمرتهن (الرهن على يد عدل صح) وضعهما عندنا وقال زفر لا يصح لان العدل يملكه عند الضمان بعد الاستحقاق فينعدم القبض وبه قال ابن أبى ليلى قلنا يده يد المرتهن فيصح والمضمون هو المالية فينزل منزلة شخصين (ولا يأخذه) أى الرهن (أحدهما) أى الراهن أو المرتهن (منه) أى من العدل لانه تعلق به حقهما فلا يملك أحدهما ابطال حق الآخر (ويهلك) الرهن (فى ضمان المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن ولو دفعه العدل الى أحدهما ضمن لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وكل منهما أجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى فاذا ضمن العدل قيمته لا تجعل رهنا فى يده برأيه ولكن يأخذانها منه ويجعلانها رهنا عنده او عند غيره برفع أحدهما الامر الى القاضى ليفعل ذلك ثم اذا قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل يأخذها ممن هى عنده ان كانت عند غيره وان كان ضمن بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة من العدل ان كانت عنده أو من غيره ان لم تكن عنده ثم هل للعدل أن يرجع على المرتهن بذلك ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العارية أو على وجه الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه المرتهن يرجع عليه (فان وكل الراهن (المرتهن او) وكل (العدل او) وكل (غيرهما) أى غير المرتهن والعدل (ببيعه) أى ببيع الرهن (عند حلول الدين صح) أى التوكيل لان الرهن ملكه فله أن يولى من شاء من هؤلاء ببيع ماله معلقا ومنجزا (فان شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن لم ينعزل) الوكيل (بعزله) أى بعزل

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

الراهن الموكل (و) لا ينعزل أيضا (بموت الراهن و) لا بموت (المرتهن) لانها لزيادة التوثيق فتلزم بلزوم العقد وعند الشافعي وأحمد ينعزل بموتهما وهذه الوكالة تخالف الوكالة المفردة من وجوه أحدها ماذكرناه والثاني أن الوكيل هنا يجبر على البيع عند الامتناع بخلاف الوكالة المفردة الثالث ان هذا يبيع الولد والارش بخلاف المفردة الرابع انه اذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه الى جنس الدين بخلاف المفردة الخامس ان الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطا فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل أن يبيعه بخلاف المفردة (وللوكيل بيعه) أى بيع الرهن (بغيبة ورثة الراهن) كما كان له ذلك حال حياته بغير حضرته (وتبطل) الوكالة (بموت الوكيل) حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث وعن أبي يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه للزوم الوكالة كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصى المضارب بيعها ولو أوصى الى رجل ببيعه لم يجز الا اذا كان مشروطا له فى الوكالة (ولا يبيعه) أى الرهن (المرتهن أو الراهن الا برضا الآخر) لتعلق حق كل منهما بالرهن كما ذكرناه (فان حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه) لان حق المرتهن تعلق بالبيع وفى الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه (كالوكيل) أى كما يجبر الوكيل (بالخصومة اذا غاب موكله) وامتنع عن الخصومة (أجبر عليها) أى على الخصومة والجامع بينهما ابطال الحق فى الامتناع بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل الحق أما المدعى فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضى أياما للبيع فان لج بعد الحبس أياما فالقاضى يبيعه عليه ثم اذا باع بالجبر لا يفسد بهذا الاجبار لانه وقع على قضاء الدين بأى طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق وبمثله لا يكون مكرها ولو لم يكن التوكيل مشروطا فى العقد وانما شرطاه بعده قيل لا يجبر وقيل يجبر كى لا يتوى حقه وهذا هو الصحيح (وان باعه) أى الرهن (العدل وأوفى مرتهنه ثمنه) أى ثمن الرهن (فاستحق الرهن وضمن) العدل (فالعدل) مخير ان شاء (يضمن الراهن قيمته) أى قيمة الرهن (أو) ان شاء يضمن (المرتهن ثمنه) وتوضيح هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما ففى الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب فى حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء وان ضمن العدل فكذلك ثم هو بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين ان الثمن أخذه بغير حق لانه انما أداه اليه على حسبان ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ليس ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع عليه به وفى الثانى وهو ما اذا كان قائما فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن لان حقوق العقد ترجع اليه ثم هو ان شاء يرجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فاذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن عن الدين وان شاء رجع على المرتهن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده فاذا رفعه الى العدل عاد حقه فى الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه (وان مات الرهن عند المرتهن) بان كان عبدا فهلك (فاستحق) فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن

Digitized by Google | Original from INDIANA UNIVERSITY

وان شاء ضمن المرتهن لان كلا منهما متعد فى حقه فاذا كان كذلك (وضمن الراهن قيمته) أى قيمة العبد المستحق الهالك (مات) العبد (بالدين) يعنى يصير المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن عنده لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى ما قبل التسليم فتبين انه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه (وان ضمن المرتهن رجع) المرتهن (على الراهن بالقيمة) أى بما ضمن من قيمة العبد (و) رجع (بدينه) أيضا على الراهن اما القيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما الدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته) أى جناية الرهن (على غيره)

(ويوقف بيع الراهن) الرهن (على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه) فان أجازه المرتهن نفذ وينتقل حقه الى البدل والا ينفسخ البيع فى ظاهر الرواية على ما يجىء • وعند الثلاثة يبطل البيع وعن أبى يوسف أنه ينفذ لانه تصرف فى ملكه فصار كالاعتاق والصحيح ظاهر الرواية لانه تعلق به حق المرتهن فلا ينفذ الا باجازته أو بقضاء الدين لزوال المانع ثم الشيخ رحمه الله سكت عن حكم الفسخ اذا لم يجزه المرتهن اشارة الى انه لا ينفسخ بفسخه وقيل له أن يجيز وله أن يفسخ والصحيح انه لا ينفسخ بفسخه لان الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه فى الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقى متوقفا ثم المشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يفك الراهن الرهن وان شاء رفع الامر الى القاضى فيفسخه لان ولاية الفسخ للقاضى لا للمشترى والبائع وهو الراهن (ونفذ عتقه) أى عتق الراهن العبد المرهون وعن الشافعى ثلاثة أقوال أحدها ينفذ مطلقا والثانى لا ينفذ مطلقا والثالث وهو الاظهر ان كان موسرا ينفذ والا فلا لان فى تنفيذه مع الاعسار ابطال حق المرتهن بخلاف اليسار وبهذا قال مالك وأحمد وعندنا ينفذ مطلقا لانه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يتوقف على اذن غيره (وطولب) الراهن (بدينه) أى بدين المرتهن (لو) كان (حالا) معناه اذا كان موسرا (ولو) كان (مؤجلا أخذ منه) أى من الراهن (قيمة العبد وجعلت) القيمة (رهنا مكانه) أى مكان العبد هذا أيضا اذا كان موسرا لان سبب الضمان قد تحقق منه (ولو) كان الراهن (معسرا سعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين) لان حق المرتهن كان متعلقا به وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما فى عتق أحد الشريكين العبد المشترك وكيفية ذلك ان ينظر الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعى فى الاقل منهما (ورجع) العبد (به) أى بما سعى (على سيده) اذا أيسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع عليه بما تحمل عنه (واتلاف الراهن) الرهن (كاعتاقه) حتى يجب عليه ضمان قيمته لانه مضمون عليه بالاتلاف ثم الضمان يكون رهنا فى يد المرتهن لقيامه مقام العين (وان أتلفه) أى الرهن (أجنبى فالمرتهن يضمنه) أى الاجنبى (قيمته) أى قيمة الرهن (فتكون) القيمة (رهنا عنده) أى عند المرتهن لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان

ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان الرهن يوم قبضه لانه
به دخل في ضمانه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل
ضمن قيمته لانه أتلف مال الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل ولو حل الدين والمضمون من
جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه
أكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت يوم القبض
ألفا وجبت بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة (وخرج) الرهن (من ضمانه) أي من
ضمان المرتهن (باعارته) أي باعارة المرتهن للرهن (من راهنه) لان الضمان كان باعتبار قبضه
وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان (فلو هلك) الرهن المعار (في يد الراهن يهلك) هلاكا
(مجانا) يعني من غير شيء لارتفاع القبض الموجب للضمان (وبرجوعه) أي وبرجوع المرتهن
الرهن من الراهن الى يده (عاد الضمان) حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان
(ولو أعاره) أي الرهن (أحدهما) أي الراهن أو المرتهن (اجنبيا باذن الآخر سقط الضمان) لما
ذكرنا (ولكل) واحد منهما (ان يرده) على حاله (رهنا) من غير عقد جديد لبقائه على الرهنية
بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن أو من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث
يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل ان يرهنه ثانيا كان المرتهن اسوة
الغرماء والايداع من أحدهما باذن الآخر كالاعارة (وان استعار ثوبا ليرهنه صح) لانه متبرع
باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين ثم يكون رهنا بما رهنه به قليلا كان أو كثيرا اذا
أطلق ولم يقيده بشيء الا بالاطلاق (ولو عين) المعير (قدرا) أي قدر ما يرهنه به أو عين (جنسا)
أي جنس ما يرهنه به (أو) عين (بلدا) الذي يرهن فيه (فخالف) المستعير الراهن المعير كان للمعير
الخيار وهو معنى قوله (ضمن المعير المستعير) ان شاء او ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد
في حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب فيضمن الا اذا عين له اكثر من قيمته
فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو اكثر فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير ثم ان ضمن المستعير
تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان ضمن
المرتهن رجع بما ضمن وبالدين على الراهن (وان وافق) المعير المستعير فيما قيده (وهلك) الثوب
المرهون عند المرتهن (صار مستوفيا) لدينه (ووجب مثله) أي مثل الثوب الرهن الذي هلك
(للمعير على المستعير) لانه سقط الدين عن الراهن وهو المعير فيضمن لانه قضى دينه بذلك القدر
ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقي امانة (ولو افتكه) أي الرهن (المعير لا يمنع
المرتهن) عن الافتكاك (ان قضى) المعير (دينه) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع
على الراهن بما أدى فصار أداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا قضى
الدين أجنبي لانه متبرع ثم يرجع المعير على الراهن بما أدى لانه غير متبرع لما ذكرنا ولو أراد المعير
البيع وأبى المرتهن من بيعه يبيع بغير رضاه اذا كان به وفاء والا لم يبع الا برضاه ولو مات المعير
مفلسا وعليه دين أمر الراهن بقضاء دين نفسه ويرد الرهن ليصل كل ذي حق الى حقه وان عجز
لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير حيا ولورثته أخذه اذا قضوا دينه ولو كان الفاضل من دين
المرتهن لم يف بدين غرماء المعير لا يباع الا برضاهم وان كان يفي يبيع بغير رضاهم وكذا الحكم

لومات المعير والمستعير (وجناية الراهن و) جناية (المرتهن على الرهن مضمونة) لان حق كل منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان كان مؤجلا يحبسه بالدين فاذا حل أخذه بالدين ان كان من جنس حقه والا حبسه بدينه حتى يستوفى دينه (وجنايته) أى جناية الرهن (عليهما) أى على الراهن والمرتهن (وعلى مالهما هدر) يعنى لا يوجب شيأ أطلق الجواب والمراد به جناية لا توجب القصاص وان كانت توجبه فعتبرة حتى يجب عليه القصاص أما للمرتهن فظاهر لانه أجنبى عنه وأما للمولى فلانه كالاجنبى عنه فى حق الدم اذ لم يدخل فى ملكه الا من حيث المالية بخلاف ما يوجب المال لان ماليته للمولى ومستحق للمرتهن فلا فائدة فى اعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند أبى حنيفة لان الملك يثبت عند أداء الضمان مستندا حتى يكون الكفن عليه فتكون الجناية على غير مالكه فاعتبرت وهذا الحكم فيما اذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بان كانت على غير الآدمى بلا خلاف بين أصحابنا وان كانت موجبة لدفع الرقبة بان كانت جناية على الآدمى فى النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان كانت جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن فعتبرة فان اختار أخذه ووافقه الراهن على ذلك أبطلا الرهن لسقوط الدين بملكه وان لم يطالب بالجناية فهو رهن على حاله وعن أبى حنيفة اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين كانت جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها ولو جنى الرهن على ابن المرتهن أو ابن الراهن فهى معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدى وان كانت على المال يباع كما اذا جنى على الاجنبى اذ هو أجنبى لتباين الاملاك (وان رهن) رجل (عبدا يساوى ألفا) أى ألف درهم (بالف) درهم (مؤجل فرجعت قيمته) بنقصان السعر (الى مائة) درهم (فقتله) أى العبد (رجل وغرم مائة) درهم (وحل الاجل فالمرتهن يقبض المائة) التى هى غرامة (قضاء) أى لاجل القضاء (من حقه ولا يرجع) المرتهن (على الراهن بشئ) لان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين حتى كان له أن يطالب بجميع الدين عند ردّه ناقصا بالسعر خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ونحن نقول ان انتقاص السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر فى البيع اذا حصل فى المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشترى الخيار ولا فى الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند ردّ العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين فاذا قتله غرم قيمته يوم الاتلاف وأخذه المرتهن لانه بدل المالية فى حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت فى الابتداء ألفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء (ولو باعه) أى لو باع المرتهن العبد الذى لا يساوى ألفا (بمائة) درهم (بامره) أى بامر الراهن وكان رهنا بالف (قبض) المرتهن تلك (المائة) التى هى الثمن (قضاء من حقه ورجع) على الراهن (بتسعمائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك لبطل الرهن وبقى الدين الا بقدر ما استوفى

فكذا

فكذا هنا (وان قتله) أى العبد الرهن (عبد قيمته) أى قيمة العبد القاتل (مائة) درهم (فدفع العبد (به) أى بسبب قتله (افتكه) الراهن (بكل الدين) وهو الالف التام عندهما كما فى تراجع سعره وعند محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شئ عليه غيره لان تغيره وقع فى ضمانه وعند زفر يصير رهنا بمائة لان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فبقى الدين بقدره وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به (وان مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لانه قام مقامه (فان لم يكن له وصى نصب له وصى) أى نصب القاضى لاجله وصيا لانه نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم (وأمر) الوصى الذى نصبه القاضى (ببيعه) أى ببيع الرهن

هذا (فصل) فى بيان تغير الرهن وزيادته وغيرهما (رهن عصيرا) عنب عند رجل (قيمته عشرة دراهم (بعشرة) دراهم (فتخمر) العصير أى صار خمرا (ثم تخلل) أى صار خلا (و) الحال انه (يساوى عشرة) دراهم (فهو) أى العصير المذكور الذى صار خلا بعد ان صار خمرا (رهن بعشرة) دراهم كما كان لان ما كان محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما ان ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء ألا ترى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد فيها الا ان المشترى يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع فكذا يكون محلا للرهن بقاء وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فسد لكن بالتخلل يعود العقد صحيحا لعود المالية المتقومة فيها وزوال المفسد وقال الشارح وقوله ثم تخلل وهو يساوى عشرة يشير الى أن المعتبر فيه فى الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل او موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين وانما يوجب الخيار لان الفائت فيه مجرد الوصف وفوات شئ من الوصف فى المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين بالاجماع بين أصحابنا فيكون الحكم فيه انه ان نقص شئ من القدر يسقط بقدره من الدين والا فلا قلت القيمة تزداد او تنقص بازدياد القدر ونقصانه (وان رهن) رجل (شاة قيمتها عشرة دراهم (فماتت) الشاة (فدبغ جلدها وهو) أى الجلد (يساوى درهما فهو) أى الجلد (رهن بدرهم) لان الرهن تقرر بالهلاك واذا حيى بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود صحيحا وقيل يعود البيع وقوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا اذا كان قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف ذلك بالتقويم بأن تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد هذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة وان كان بعضها أمانة بان كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضا بعضه أمانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين وقالوا هذا اذا دبغه المرتهن بشئ لا قيمة له وان دبغه بشئ له قيمة يثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشئ له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى اذا أدى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه وليس له أن يحبسه بالدين وقيل لا يبطل (ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف للراهن) لانه متولد

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

من ملكه (وهو) أي النماء (رهن مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد فيسرى الى الولد وعند الشافعي لا يسرى وعند مالك الثمر لا يدخل مع الاصل بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسرى حكم الجناية اليه ولا يتبع أمه فيه وبخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها (ويهلك) النماء اذا اهلك هلاكا (مجانا) يعنى بغير شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل الاصل لانها لم تدخل فى العقد مقصودا (وان بقى) النماء (وهلك الاصل فك) الولد (بحظه) أى بحصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والتبع اذا صار مقصودا بالفكاك يكون له قسط (ويقسم الدين على قيمته) أى قيمة النماء (يوم الفكاك و) على (قيمة الاصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الاصل وفك النماء بحصته) صورته رهن جارية تساوى ألفا بمائة وخمسين درهما فولدت ولدا يساوى خمسمائة ثم هلكت الام وبقى الولد فانه يسقط من الدين مائة لانه حصة الام لان قيمتها ألف يوم القبض ويسلم الولد الى الراهن ويستوفى الخمسين لان حصة الولد من الدين خمسون على اعتبار الثلث والثلثين وقيمة الولد يوم الفكاك معتبرة (وتصح الزيادة فى الرهن) بان زاد رهنا على الرهن الاول فيكونان رهنا بالدين الاول وقال زفر لا يجوز كما لا يجوز الزيادة فى الدين ولنا أنه نظير الزيادة فى الثمن والمثمن فيجوز وفائدته تظهر فى رجل رهن عند رجل عبدا بمائة وقيمته مائة ثم زاد عنده عبدا آخر قيمته مائة فمات أحد العبدين فانه يسقط من الدين نصفه بموته والنصف الآخر امانة (لا) تصح الزيادة (فى الدين) بأن زاد دينا آخر على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا بالدينين وقال أبو يوسف يجوز اعتبارا بالزيادة على الرهن وبه قال مالك والشافعى فى القديم ولهما أنه يؤدى الى الشيوع فلا يجوز وبه قال احمد وفائدته تظهر فى رجل رهن عبدا عند آخر بمائة قيمته مائتان ثم أخذ منه مائة أخرى على أن يكون العبد رهنا بالمائتين ثم مات العبد فانه يسقط الدين الاول والفضل فى العبد أمانة ويبقى الدين الثانى بلا رهن عندهما وعند أبى يوسف يسقط بموته الدينان جميعا (ومن رهن عبدا بالف فدفع عبدا آخر مكان) العبد (الاول و) الحال ان (قيمة كل) من العبدين (الف فالاول) أى فالعبد الاول (رهن حتى يرده الى الراهن) لانه دخل فى ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين الا أن ينقض القبض فاذا كان الاول فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه وهو معنى قوله (والمرتهن فى) العبد (الآخر أمين حتى يجعله) أى حتى يجعل العبد الآخر (مكان) العبد (الاول) قيل بتجديد القبض لان يده يد أمانة ويد المرتهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه أمانة وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الجنايات)

وهى جمع جناية وهى مصدر من جنى عليه شرا اذا أحدثه وهو عام الا أنه خص بما يحرم من الفعل وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجر وفى الشرع هى اسم لفعل محرم سواء كان فى مال أو نفس لكن فى عرف الفقهاء يراد باطلاق اسم الجناية الفعل فى النفس والاطراف (موجب القتل) حال كونه (عمدا) وارتفاع موجب بالابتداء وقوله (وهو) أى العمد الى آخره

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

معترض بين المبتدا والخبر وأشار به الى تفسير العمد وهو (ماتعمد) أى تقصد (ضربه) أى ضرب انسان (بسلاح) مثل السيف والسكين ونحوهما (ونحوه) أى ونحو السيف (فى تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب والحجر) نحو المروة (والليطة) بكسر اللام وهى قشر القصب اللازق به (والنار) فالقتل بهذه الاشياء عمد لان القصد من أعمال القلوب ولا اطلاع عليه الا بدليل فاذا ضرب به بمثل ماذكرنا علمنا حصوله نظرا الى استعمال الآلة الموضوعة لذلك عادة كما أقيم السفر مقام المشقة واذا قتله بحديد أو صفر غير محدد كالعمود والسنجة فيه روايتان أظهرهما انه عمد ولو طعنه برمح لاسنان له فجرحه كان عمدا وكذا لو قتله بمسلة ولو قتله بابرة فهو ليس بعمد وذكر قاضيخان ان الجرح لايشترط فى الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره وقوله (الاثم) خبر المبتدا أعنى قوله موجب القتل وقوله (والقود) أى القصاص عطف عليه أما الاثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الآية وأما القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى والمراد به القتل العمد لانه تعالى أوجب الدية فى قتله خطأ بقوله ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وانتصاب (عينا) على الحال من القود أى حال كونه متعينا وحده ثم استثنى منه قوله (الا أن يعفى) القاتل بأن عفا عنه الاولياء أو بعضهم فحينئذ يسقط تعين القصاص ولا يجب شئ بعد ذلك ان كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل وقال الشافعى الواجب أحدهما لابعينه ويتعين باختيار الولى وعنه ان الواجب هو القود عينا لكن للولى حق العدول الى المال من غير رضا القاتل لان نفس الآدمى مضمونة بالدية بدليل وجوبها فى قتل الخطا لكن عرفنا وجوب القصاص بالنص فتبقى الدية ويتخير وبه قال أحمد وعن مالك روايتان كهما ونحن نقول ان موجبه القصاص ولا يكون له المصير الى المال الا برضا القاتل لان القصاص تعين لدفع الضرر فلا يلزم غيره (لا) تجب (الكفارة) بقتل العمد وقال الشافعى تجب اعتبارا بالخطا وبه قال أحمد فى رواية ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص وفى ايجابها زيادة على النص بخلاف قتل الخطا لان فيه نصا (وشبهه) بالرفع عطف على قوله موجب القتل والمضاف فيه محذوف والتقدير وموجب شبه القتل عمدا فلما حذف المضاف أقيم هو مقامه وارتفاعه فى الحقيقة بالابتداء وخبره قوله الاثم على ما يأتى وهذا هو القسم الثانى من أنواع القتل لانه على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما جرى مجرى الخطا والقتل بسبب وقسمه محمد فى الاصل على ثلاثة أوجه عمد وشبه عمد وخطا (وهو) أى شبه العمد (ان يتعمد ضربه) أى ضرب انسان (بغير ماذكر) فى العمد وهو المحدد وغيره هو الذى لاحد له من الآلة كالحجر والعصا وكل شئ ليس له حد يفرق الاجزاء وهذا عند أبى حنيفة وعندهما اذا ضربه بحجر عظيم أو خشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لايقتل به غالبا وبه قالت الثلاثة لان معنى العمدية قاصرة فيها لما انه لايقتل غالبا ويقصد به غير القتل وأما الذى لايلبث لايتقاصر عن عمل السيف فى ازهاق الروح فيجب به القصاص وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل من غير فصل بين العصا والعصا ولان معنى العمدية فيه قاصر لكونه آلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه وقوله (الاثم) بالرفع خبر لقوله وشبهه وما بينهما معترض أى وموجب شبه القتل عمدا الاثم لانه قتل عن قصد منه (والكفارة)

بالرفع أيضا عطف عليه وذلك لشبهه بالخطا وهي عتق رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين (ودية مغلظة) عطف على ما قبله وسيأتي الكلام في التغليظ وانما تكون (على العاقلة) لاجماع الصحابة على ذلك (لا) أي ليس موجب شبه القتل العمد (القود) أي القصاص (والخطأ) بالرفع مبتدأ عطف على ما عطف عليه شبهه والتقدير وموجب القتل الخطا وهو القسم الثالث من أنواع القتل (وهو) أي الخطأ على نوعين خطا في القصد وخطا في الفعل أشار الى الاول بقوله (ان يرمى شخصا) حال كونه قد (ظنه صيدا أو) ظنه (حربيا فاذا هو مسلم) أي فاذا قد ظهر المظنون مسلما واذا هي للمفاجأة وأشار الى الثاني بقوله (أو) ان يرمى (غرضا) أي هدفا (فاصاب آدميا) وقوله (وما جرى) هو القسم الرابع من أنواع القتل وهو عطف على قوله والخطا والتقدير وموجب ما يجرى (مجراه) أي مجرى الخطا (كنائم انقلب على رجل فقتله) لان هذا ليس بخطا حقيقة لعدم قصد النائم الى شيء حتى يصير مخطئا لمقصوده ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطا لانه معذور كالمخطئ وقوله (الكفارة) بالرفع خبر للمبتدأ أعني قوله والخطأ ولما عطف عليه وهو قوله وما جرى مجراه والتقدير وموجب القتل الخطا وموجب ما جرى مجرى الخطا الكفارة (والدية على العاقلة) لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ولا يأثم هنا اثم القتل وانما يأثم اثم ترك التحرز والمبالغة في التثبت (والقتل بسبب) بالرفع أيضا مبتدأ معطوف والتقدير وموجب القتل بسبب وهو القسم الخامس من أنواع القتل ومثل لذلك بقوله (كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه) وقوله (الدية) بالرفع خبر المبتدا وذلك لانه متعد فتجب الدية صيانة للانفس فتكون (على العاقلة) تخفيفا عنه كما في الخطا بل أولى لعدم القتل منه مباشرة (لا) تجب فيه (الكفارة) لعدم المباشرة (والكل) أي كل أنواع القتل المذكورة (توجب حرمان الارث) عن المقتول (الا هذا) أي القتل بسبب فانه لا يوجب الحرمان كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعي هو ملحق بالخطا في أحكامه وبه قال مالك وأحمد (وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها) أي ما سوى النفس لان اتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بينا

هذا (باب) في بيان أحكام (ما يوجب القود) أي القصاص (وما لا يوجب) القصاص

(يجب القصاص بقتل كل محقون الدم) أي بسبب قتل كل معصوم الدم احترز به عن الحربي والمرتد والزاني المحصن وبقوله (على) وجه (التأبيد) عن المستأمن لان دمه غير محقون على التأبيد وقوله (عمدا) حال من القتل قيد به لان في غير العمد لا يوجب القصاص كما مر بيانه مفصلا (ويقتل الحر بالحر و) يقتل الحر أيضا (بالعبد) وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذه مقابلة ومن ضرورتها أن لا يقتل الحر بالعبد ولان الحر مالك والعبد مملوك فلا مساواة بينهما والقصاص يعتمدها وبه قال مالك وأحمد ولنا العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولا تعارض بما تلى لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا تحمل على المقيدة على ان مقابلة الحر بالحر

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

لاتنافى مقابلة الحر بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر بعض مايشمله العموم على موافقة حكمه وذلك لايوجب تخصيص مابقى ألاترى انه قابل الانثى بالانثى والذكر بالذكر ثم لايمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وكذا لايمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد بالاجماع فكذا بالعكس اذ لو منع ذلك لمنع العكس أيضا وفى مقابلة الانثى بالانثى دليل جريان القصاص بين الحرة والامة والآية نزلت ردا على النضير وبنى قريظة حين تواضعوا على ان العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة وبيانا ان الجنس يقتل بجنسه على خلاف مواضعتهم من القبيلتين بجميع الحكايات اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس وهذا منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فان قلت روى الدارقطنى عنه عليه الصلاة والسلام لايقتل حر بعبد قلت فى اسناده جويبر وهو ضعيف (و) يقتل (المسلم بالذمى) وقال الشافعى لايقتل به لما روى الشعبى عن جحيفة قال سألت عليا رضى الله عنه هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم غير القرآن قال والذى فلق الحبة وبرأ النسمة ماعندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن ومافى الصحيفة قلت ومافى الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وأن لايقتل مسلم بكافر ولنا ماتلونا من الكتاب وقد صح عن عبد الرحمن بن البيلمانى ومحمد بن المنكدر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه فقال أنا أولى من وفى بذمته رواه الدارقطنى فان قلت قال الدارقطنى لم يسنده الا ابراهيم بن يحيى وهو متروك والصواب عن ابن البيلمانى مرسلا وابن البيلمانى ضعيف وقال أحمد بن حنبل لو حكم حاكم بحديث ابن البيلمانى كان مخطئا ولو رفع الى حاكم آخر رده وقد رجع عنه زفر لما وقف على علته وروى ان المقتول كان عمرو بن أمية الضمرى وانه عاش بعد النبى عليه الصلاة والسلام بسنين قلت الحديث رواه مالك فى الموطا واحتج به محمد والمرسل حجة عندنا ولايصح رجوع زفر وأما اسم المقتول فيحتمل انهما اثنان قتل أحدهما وعاش الآخر بعد النبى صلى الله عليه وسلم والمراد من قوله وأن لايقتل مسلم بكافر الكافر الحربى فان قلت قد صح فى حديث قيس بن عباد لايقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد فى عهده قلت المراد به أيضا بكافر حربى ولهذا عطف ذو العهد وهو الذمى على المسلم تقديره لايقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر حربى لان الذمى اذا قتل ذميا يقتل به فعلم ان المراد به الحربى اذ هو لايقتل به مسلم ولا ذمى فان قلت معناه لايقتل ذو عهد مطلقا أى لايحل قتله فيكون ابتداء كلام قلت هذا لايستقيم من وجهين أحدهما ان ذو عهد مفرد وقد عطف على الجملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو والثانى ان المعنى يأبى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفى القتل قصاصا لانفى مطلق القتل فكذا الثانى تحقيقا للعطف اذ لايجوز ذلك البتة فى المفرد ولا يقال معناه لايقتل مسلم بكافر ولا بذى عهد أى لايقتل بكافر حربى ولا بذمى لانا نقول لو أريد ذلك المعنى كان لحنا اذ لايجوز عطف المرفوع على المجرور فلا يجوز نسبته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه أفصح العرب ولا يقال روى ذى عهد بالجر فى بعض طرقه فيكون معطوفا على الكافر فلا يدل على ماقلتم لانا نقول ان صح ذلك فهو جر للمجاورة لا للعطف عليه حتى يشاركه فى الحكم ومثله جائز قال الله تعالى وامسحوا برؤسكم

قوله عن جحيفة هكذا الخطه وصوابه عن أبى جحيفة كما فى صحيح البخارى اه من هامش

وأرجلكم بالجر للمجاورة وان لم يشاركه فى الحكم فحملناه عليه توفيقا بين الروايتين على الوجه الجائز (ولا يقتلان) أى المسلم والذمى (بالمستأمن) لان دمه غير محقون على التأبيد فانعدمت المساواة ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح (و) يقتل (الرجل بالمرأة و) يقتل (الكبير بالصغير و) يقتل (الصحيح بالاعمى و) يقتل أيضا (بالزمن و) يقتل أيضا (بالناقص الاطراف و) يقتل أيضا (بالمجنون) وذلك لوجود المساواة بين هؤلاء فى العصمة والمساواة هى المعتبرة (و) يقتل (الولد بالوالد) لعموم النصوص (ولا يقتل الرجل بالولد) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده (والام والجد والجدة) سواء كانا من جهة الاب أو من جهة الام (كالاب) لان النص الوارد فى الاب يكون واردا فيهم دلالة فكانت الشبهة شاملة للجميع فى جميع صور القتل وقال مالك ان قتل الاب ابنه ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لانه يحتمل التأديب وان ذبحه عمدا فعليه القصاص ولنا اطلاق ما روينا (و) لا يقتل الرجل أيضا (بعبده ومدبره و) لا بـ (مكاتبه و) لا (بعبد ولده و) لا (بعبد ملك بعضه) لما روينا (وان ورث) الابن (قصاصا على أبيه سقط) القصاص صورته ان يقتل الاب أخا امرأته ثم ماتت امرأته قبل ان يقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذى لها على أبيه فيسقط لما ذكرنا وكذا لو قتل امرأته ليس لابنها منه ان يقتله فيسقط القصاص (وانما يقتص) القاتل (بالسيف) وقال الشافعى يفعل به مثل ما فعل بالمقتول ان كان فعلا مشروعا فان مات والا حزت رقبته حتى لو كان قطع يده فمات فالولى يقطع يد القاطع فان مات والا حزت رقبته لان القصاص يستدعى المماثلة وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف (مكاتب قتل) على صيغة المجهول أى قتله شخص قتلا (عمدا وترك وفاء و) الحال ان (وارثه سيده فقط) يعنى ليس له وارث غير المولى (أو) قتل و (لم يترك وفاء و) الحال أنه (له وارث) غير المولى (يقتص) أى يؤخذ القصاص من قاتله هاتان مسئلتان الاولى هى قولهما وعند محمد لا يجب القصاص لان حق المولى يثبت حال الجرح بحكم الملك وبعد الموت بحكم الميراث فصار اختلاف جهة الحق كاختلاف المستحق فلا يثبت القصاص وبه قال زفر وهو رواية عن أبى يوسف ولهما ان المولى له حق عند الجراحة لانه على حكم ملكه وهو المستحق أيضا عند الموت فلما تعلق حكمه بالطرفين ثبت له القصاص وبه قالت الثلاثة الثانية لانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته لا عن وفاء فظهر أنه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص للمولى بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لان العتق فى البعض لا ينفسخ بموته عاجزا (وان ترك) المكاتب الذى قتل عمدا (وفاء ووارثا) غير المولى (لا) يقتص بالاجماع لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال على وابن مسعود رضى الله عنهم فالقصاص للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضى الله عنه فالقصاص للمولى (وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لما فيه من ابطال حق المرتهن فى الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن فى الدين لهلاك الرهن بلا بدل وقيل ليس لهما القصاص وان اجتمعا (ولاب المعتوه) وهو الناقص العقل من غير جنون (القود) أى القصاص (والصلح لا) أى ليس له

(العفو

(العفو بقتل وليه) أى ولى المعتوه كابنه وأمه أما القصاص فلانه للتشفى ودرك الثار وكل ذلك راجع الى النفس ولا يبه ولاية على نفسه فيليه كالنكاح بخلاف الاخ وامثاله حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء قصاص وجب للمعتوه وأما الصلح فلانه أنفع له من القود هذا اذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه وان صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة وأما العفو فلانه ابطال لحقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز (والقاضى كالاب) فى جميع ما ذكرنا فى الصحيح (والوصى يصالح فقط) يعنى ليس له القود ولا العفو أما القود فلانه من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه وأما العفو فلان الاب لا يملكه فالوصى أولى ثم اطلاق قوله يشمل الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف وذكر فى كتاب الصلح ان الوصى لا يملك الصلح فى النفس لان الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء والمذكور هنا هو المذكور فى الجامع الصغير لان المقصود من الصلح المال والوصى يتولى التصرف فيه كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفى وهو مختص بالاب وقالوا القياس أن لا يملك الوصى التصرف فى الطرف كما لا يملكه فى النفس وفى الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال (والصبى كالمعتوه) فى الحكم المذكور (وللكبار القود) أى القصاص اذا كان مشتركا بينهم وبين الصغار (قبل كبر الصغار) أى قبل ان يبلغ الصغار عند أبى حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغوا لان الحق مشترك بينهم فلا ينفرد بعضهم باستيفائه وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية وله انه حق ثابت لكل منهم على الكمال فيجوز الانفراد (وان قتله) أى وان قتل شخص شخصا (بمر) بفتح الميم وتشديد الراء وهو خشبة طويلة فى رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الارض وبالفارسية تسمى بيل (يقتص ان أصابه الحديد) بلا خلاف (والا) أى وان لم يصبه الحديد بل قتله بظهر المر (لا) يقتص على الخلاف المذكور فى أول الكتاب (كالخنق) يعنى كما لا يقتص فى الخنق اذا خنق شخصا (والتغريق) بأن غرقه فى الماء عند أبى حنيفة وعندهما يقتص وبه قال الشافعى غير ان عنده يخنق أو يغرق مثله كما بيناه من قبل (ومن جرح رجلا) حال كونه (عمدا) أى عامدا (فصار) المجروح (ذا فراش) أى لم يزل صاحب فراش (ومات يقتص) أى من الجارح لان الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه (وان مات) رجل (بفعل نفسه و) فعل زيد و) فعل (أسد و) فعل (حية ضمن زيد ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا فى الدنيا معتبرا فى الآخرة حتى يأثم به وفعل زيد معتبر فى الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس ولم يعتبر الاجنس واحد وهو فعل زيد فيجب عليه ثلث الدية ان كان عمدا فى ماله والا ففى على العاقلة (ومن شهر) أى سل (على المسلمين سيفا وجب قتله) لدفع ضرره (ولا شئ بقتله) يعنى ان قتله أحد لا شئ عليه لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه وكذلك اذا شهر على رجل سلاحا فقتله أو قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شئ سواء كان بالليل أو بالنهار فى المصر أو خارج المصر لان السلاح لا يلبث وان شهر عليه عصا فكذلك ان كان ليلا أو نهارا خارج المصر وأشار الشيخ الى هذه بقوله (ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا فى مصر أو غيره) أى خارج المصر (أو شهر عليه)

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

أي على رجل (عصا ليلا) أي في الليل (في المصر أو) شهر عليه عصا (نهارا) أي في النهار (في غيره) أي خارج المصر (فقتله) أي الشاهر (المشهور عليه فلا شيء عليه) من القصاص والدية على ماذكرنا (وان شهر عليه) أي على رجل (عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل) المشهور عليه (به) أي بالشاهر لان العصا تلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل متعديا وهذا عند أبي حنيفة ظاهر لانه كالسلاح عنده وقيل عندهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور في شبه العمد لانه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية) لانه قتل نفسا معصومة الا انه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية وقال الشافعي لا يجب شيء لانه قتله دافعا عن نفسه وهو رواية عن أبي يوسف (وعلى هذا) الحكم (الصبي) اذا شهر على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية عندهما خلافا لابي يوسف والشافعي لعدم الاختيار الصحيح منه (و) على هذا الحكم (الدابة) اذا صالت على انسان فقتلها يجب عليه الضمان عندنا خلافا للشافعي هو يقول انه قتلها دافعا وكونها مملوكة للغير لا تأثير له في وجوب الضمان كالعبد اذا شهر سيفا على رجل فقتله فانه لا يجب عليه الضمان فكذا هذا فصار كالصيد اذا صال على المحرم فقتله ونحن نقول ان فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان لان العجماء جبار وعصمتها لحق مالكها بخلاف عصمة عبد الغير فانه لحق نفسه وفعله محظور فتسقط به عصمته وبخلاف الصيد اذا صال على المحرم لان الشارع أذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه ألا ترى ان الخمس الفواسق أباح قتلها مطلقا لتوهم الاذى منها فبالاذى أولى عند تحقق الاذي (ولو ضربه) أي المشهور عليه (الشاهر) السلاح (فانصرف) الشاهر بعد الضرب (فقتله) أي الشاهر (الآخر) أي المشهور عليه بعد الانصراف (قتل القاتل) وهو المشهور عليه المضروب لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانيا اندفع شره فلا حاجة الى قتله فعادت عصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما فيجب عليه القصاص (ومن دخل عليه غيره ليلا) أي في الليل (فاخرج السرقة) من بيته (فاتبعه) صاحب البيت (فقتله) أي الداخل السارق (فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لانه قتله بغير حق

* هذا (باب) في بيان أحكام (القصاص فيما دون النفس) *

أي الاطراف (يقتص بقطع اليد من المفصل) أراد ان من قطع يد غيره من المفصل قطعت يده منه لقوله تعالى والجروح قصاص وانه ينبئ عن المماثلة فأينما أمكن وجب القصاص فيه والا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل وقوله (وان كانت يد القاطع أكبر) من يد المقطوع واصل بما قبله وأشار بذلك الى أن لا اعتبار لكبر اليد وصغرها فان المنفعة الفائتة بالقطع وهي البطش لا تتفاوت (وكذا) الحكم في (الرجل) اذا قطعت من المفصل (و) كذا (مارن الانف) وهو مالان منه وفضل عن القصبة اذا قطعه شخص يقطع منه لامكان المماثلة (و) كذا (الاذن) اذا قطعه

شخص

تنقص بقطع منه لما ذكرنا (و) كذا (العين اذا ذهب ضوؤها و) الحال انها (هي قائمة) لامكان رعاية المماثلة في هذه الصور وهو أن يجعل على عينيه قطن رطب وتقوبل بمرآة محماة ليذهب ضوؤها وهو مثل ذلك مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم (ولو قلعها) أي العين (لا) يجب القصاص لعدم امكان رعاية المماثلة (والسن) بالرفع عطف على والرجل أي وكذا السن اذا قلعه يقلع سنه لقوله تعالى والسن بالسن (وان تفاوتا) أي سن القالع وسن المقلوع لاتحاد المنفعة بهما (و) كذا (كل شجة تتحقق فيها المماثلة) لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص (ولا قصاص في عظم) الا السن وهو مقدر هنا لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص في عظم الا في السن وهو المراد بالحديث ولعدم امكان المماثلة فيه بخلاف السن فان المساواة فيه تمكن بأن تبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا ان قلع سنه فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن كذا في الذخيرة وغيره (و) لا قصاص أيضا (في طرفي رجل وامرأة و) لا بين (حر وعبد و) لا بين (عبدين) في الاطراف وقال الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك وأصله ان كل موضع جرى القصاص فيه بين الانفس يجري في الاطراف وما لا فلا لانها تابعة للانفس وبه قال مالك وأحمد حتى لو قطع عبد يد عبد عمدا أو حر يد حرة عمدا أو قطع رجل يد امرأة ففيه القصاص ولنا أن الاطراف يسلك فيها مسلك الاموال فكانت المماثلة فيها شرطا ولا مماثلة في أطراف هؤلاء بدليل اختلاف الدية والقيمة باختلاف النفس فلا يجب القصاص (وطرف الكافر والمسلم سيان) أي مثلان وهو تثنية سي بمعنى مثل فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش وقال الشافعي لا يجري بناء على أصله (وقطع يد) بالجر عطف على قوله ولا قصاص في عظم أي ولا قصاص أيضا في قطع يد (من نصف ساعد) لعدم المماثلة (و) لا في (جائفة برئ) صاحبها (منها) لان البرء منها نادر فلا يمكن ان يجرح الثاني جائفة على وجه يبرأ منها فيكون اهلاكا فلا يجوز (و) لا في (لسان وذكر) لانهما ينقبضان وينبسطان ولا يمكن اعتبار المماثلة وعن أبي يوسف انه اذا قطع من أصلهما يجب القصاص لامكان اعتبارهما وعند الثلاثة يقتص فيهما في الكل والبعض ولو قطع بعض الذكر أو بعض اللسان لا قصاص أيضا بخلاف الاذن (الا أن يقطع الحشفة) وهو موضع الختان فحينئذ يقتص لان موضع القطع معلوم كالمفصل والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص وان قطع بعضها لا (وخير) المقطوع (بين القود) أي القصاص (والارش ان كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع أو كان رأس الشاج أكبر) من رأس المشجوج لتعذر استيفاء حقه بكماله فيخير بين ان يتجوز بدون حقه في القطع وبين ان يأخذ الارش كاملا كمن أتلف مثليا الانسان فانقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه الا الاردى فانه يخير بين أن يأخذ الموجود ناقصا وبين ان يأخذ القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة وقال الشافعي يضمنه النقصان لانه قدر على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا ان الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما لو تجوز بالردى مكان الجيد ثم المشجوج يتخير في جانبي رأس الشاج اذا اختار القود يبدأ من أي الجانبين شاء وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تؤخذ من

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

جبهة أحدهما الى قفاه ولا تؤخذ الى قفا الآخر فهو بالخيار وذكر الطحاوى عن على الرازى الكبير أن له القصاص ولا خيار له

هذا (فصل) فى الصلح وغيره (وان صولح) القاتل (على مال) عن القصاص (وجب) المال (حالا) قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية قال ابن عباس نزلت فى الصلح ولما لم يكن فيه شئ مقدر فوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من الدية وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل فى مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد (وسقط القود) أى القصاص لانه موجب العقد (وينصف) المال المصالح به (ان أمر الحر القاتل وسيد القاتل) بأن كان مع الحر القاتل عبد شاركه فى القتل فأمر هو وسيد القاتل (رجلا بالصلح عن دمهما على ألف) درهم (ففعل) المأمور ذلك فالالف على الحر والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما على السواء (فان صالح أحد الاولياء حظه) أى نصيبه (على عوض أو عفا) أحد الاولياء عن القاتل (فلمن) أى فالواجب لمن (بقى) من الاولياء (حظه) أى نصيبه (من الدية) لان كل أحد يتمكن من التصرف فى نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو أو بالصلح فاذا صالح أحدهم أو عفا سقط حق الباقين من القود لعدم التجزى فينقلب نصيبهم مالا والورثة فى ذلك كلهم سواء وقال مالك والشافعى لا حق للزوجين فى القصاص ولا فى الدية وقال ابن أبى ليلى لا يثبت حقهما فى القصاص ولنا انه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها أشيم (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس أن لا يقتل لعدم المساواة ولكن تركناه لاجماع الصحابة رضى الله عنهم (و) يقتل (الفرد بالجمع اكتفاء) بذلك للباقين وقال الشافعى يقتل بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضى بالدية لمن بعده فى تركته وان قتلهم جميعا معا أو لم يعرف الاول منهم يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين لان يد الواحد لا تقطع بالايدى اكتفاء فكذا الانفس مع الواحدة والجامع بينهما عدم المماثلة وبه قال مالك وأحمد وعنهما لو اقتص بطلب الكل لا تجب الدية للبقية ولنا أن قتل الواحد بالجماعة فى معنى قتل الواحد بالواحد فى معنى الزجر كقتل الجماعة بالواحد ولا يجب المال كقتل الواحد بالواحد (فان حضر واحد) من أولياء المقتول (قتل) القاتل (له) أى لاجل هذا الحاضر (وسقط حق البقية) من الاولياء فى القصاص لفوات المحل (كموت القاتل) يعنى اذا مات القاتل حتف أنفه سقط حق أولياء المقتول بلا خلاف لفوات محل الاستيفاء وقال صاحب الهداية ويتأتى فيه خلاف الشافعى لان الواجب عنده أحدهما (ولا تقطع يد رجلين بيد) يعنى اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وقال الشافعى يقطع أيديهما والمفروض اذا أخذا سكينا واحدا من جانب وأمراها على يده حتى انفصلت هو يعتبرها بالانفس لان الاطراف تابعة لها ولنا ان كل قاطع للبعض فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض والاثنتان بالواحدة لانعدام المساواة فصار كما اذا أمر كل واحد من جانب ولا يصح القياس على النفس لان زهوق الروح لا يتجزأ فأضيف الى كل واحد كملا وقطع العضو يتجزأ (وضمنا) أى القاطعان (ديتها) أى دية اليد المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما

نصف

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

نصف الدية على كل واحد منهما الربع فتجب فى مالهما لان العاقلة لا تتحمل العمد (وان قطع واحد يمنى رجلين فلهما) أى فللرجلين (قطع يمينه) أى يمين القاطع (ونصف الدية) ان حضرا معا سواء كان القطع جملة واحدة أو على التعاقب وقال الشافعى ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول منهما ويغرم أرش اليد للثانى وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت له القرعة والارش للآخر لان اليد الواحدة لا تفى بالحقين وليس أحدهما بأولى من الآخر فوجب المصير الى القرعة ولنا ان المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتأخر كالغريمين فى التركة (فان حضر واحد) من الرجلين (فقطع يده) أى يد القاطع (له) أى للحاضر (فللآخر عليه) أى على القاطع (نصف الدية) لان للحاضر أن يستوفى حقه ولا يجب عليه التأخير لحضور الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطالب أو يعفو مجانا أو صلحا ثم اذا حضر الآخر بعدما قطعت للاول وطلب يقضى له بالدية ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود عندهما وعند محمد له الارش (وان أقر عبد بقتل عمد يقتص به) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار خطأ أو بالمال ولنا أنه غير متهم فيه لكونه يلحقه الضرر به فيصح بخلاف الاقرار بالمال أو القتل خطأ لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا (وان رمى) رجل (رجلا) حال كونه (عمدا) أى عامدا (فنفذ السهم منه) أى من الذى أصابه السهم (الى آخر يقتص) الرامى (للاول و) يجب (للثانى الدية) لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطا وهو الخطأ فى الفعل والفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره

* هذا (فصل) فى تعدد الجناية (من قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالامرين) أى بالقطع والقتل (لو) كان القطع والقتل (عمدين او) يؤخذ بالامرين أيضا وهما الديتان لو كانا (خطأين أو) يؤخذ بالامرين أيضا وهما القتل والدية لو كان القطع والقتل (مختلفين) بأن قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو بالعكس بأن قطع يده خطأ ثم قتله عمدا وسواء (تخلل بينهما) أى بين القطع والقتل (برء أو لا) أى أو لم يتخلل بينهما برء وهذه ست مسائل الاولى قطع يد رجل عمدا ثم قتله عمدا قبل البرء الثانية قطع يده خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء الثالثة قطع يده عمدا ثم قتله خطأ قبل البرء الرابعة قطع يده خطأ ثم قتله عمدا قبل البرء الخامسة قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بعد البرء السادسة قطع يده خطأ ثم قتله عمدا بعد البرء فالكل لا يتداخل الا الخطأين فانهما يتداخلان اذا لم يتخلل بينهما برء فيجب فيهما دية واحدة وان تخلل بينهما برء لا يتداخلان وأشار اليه بقوله (الا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة) وهو استثناء من قوله أخذ بالامرين فلا يؤخذ فيه الا بالدية لا غير لان الموجب فى الخطا الدية وهى بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد والمذكور فى المسئلة الاولى قول ابى حنيفة وعندهما يتداخلان فيقتل حزا ولا تقطع يده لانهما جنايتان من واحد على واحد وله انهما جنايتان لو انفرد كل منهما يوجب القصاص فكذا اذا اجتمعا ثم شبه وجوب الدية الواحدة فى الخطأين اللذين لم يتخلل بينهما برء بمسئلة أخرى بقوله (كمن ضربه) أى كمن ضرب رجلا (مائة سوط فبرأ من تسعين) سوطا (ومات من عشرة) فانه يجب فيه دية واحدة لان الضربات التى برئ منها ولم يبق لها أثر سقط أرشها لزوال الشين وهذا عند أبى حنيفة وعند أبى

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

يوسف فيها حكومة عدل وعن محمد أنه يجب فيها أجرة الطبيب وثمن الادوية ولو بقى لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين فى النفس وهو ببقاء الاثر (وان عفا المقطوع عن القطع فمات) من ذلك (ضمن القاطع الدية) فى ماله للسراية هذا عند أبى حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع او عن الشجة فهو عفو عن النفس حتى اذا مات بعد العفو بالسراية لا يضمن كالعفو عن الجناية (ولو عفا عن القطع و) عن (ما يحدث منه) أى من القطع (او) عفا (عن الجناية لا) يضمن شيأ لان كل واحد صريح فى العفو عن السراية (فالخطأ من الثلث) أراد ان كان هذا خطأ يكون من ثلث المال لان موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله (والعمد من كل المال) أراد ان كان عمدا يكون من جميع المال لان موجبه القصاص ولم يتعلق به حق الورثة لانه ليس بمال (وان قطعت امرأة يد رجل) قطعا (عمدا فتزوجها) المقطوع يده (على يده ثم مات فلها مهر مثلها و) تجب (الدية فى مالها و) تجب (على عاقلتها لو) كان القطع (خطأ) وهذا عند أبى حنيفة لان العفو عن اليد والقطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده فكذا التزوج على اليد وعلى القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا تزوج على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط أولى لانها لا يمكنها أن تستوفى القصاص من نفسها فاذا لم يكن مالا لا يصلح أن يكون مهرا فيجب لها عليه مهر المثل ثم يجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين أنه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وذلك فى مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمله واذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا قدرا ووصفا وان كان أحدهما أكثر رجع صاحبه على الآخر وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها) أى من اليد المقطوعة (أو) تزوجها (على الجناية فمات منه) أى من القطع يعنى من سريانه فى القطع أو فى الجناية (فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر أو خنزير (ولا شئ عليها) أى على المرأة لانه رضى بسقوط القصاص على أنه يصير مهرا وهو لا يصلح مهرا فسقط أصلا (لو) كان القطع (عمدا ولو) كان (خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها) لان التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهى تصلح مهرا فصحت التسمية الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية فلا يحجر عليه ولا يصح فى حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال أن يرجع عليهم بموجب جنايتها فاذا صار ملكا لها سقط عنهم وان كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها وما زاد على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم أيضا لانه وصية لهم فيصح لانهم أجانب أشار اليه بقوله (ولهم) أى وللعاقلة (ثلث ما ترك) الميت المذكور وقوله (وصية) نصب على التمييز أى من حيث الوصية لهم كما ذكرنا وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وادوا الزيادة الى

الولى

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

الولى لان الوصية لا نفاذ لها الا من الثلث ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لا تصح والاصح انه يسقط كله لانه أوصى لمن يجوز له الوصية ولمن لا تجوز له الوصية فيكون الكل لمن يجوز له الوصية كما لو أوصى لحى وميت فان الوصية كلها تكون للحى (ولو قطع يده) أى ولو قطع رجل يد رجل (فاقتص له) أى للمقطوع (فمات) المقطوع (الاول) قبل المقطوع الثانى (قتل) المقطوع الثانى (به) أى بسريان القطع لانه تبين أن الجناية كانت قتلا عمدا وحق المقتص له فى القصاص فى النفس واستيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه فى القتل وعن أبى يوسف أنه يسقط حقه فى القصاص لان اقدامه على القطع دليل على أنه أبرأه من غيره ولو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند أبى حنيفة وقالا لا شئ عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم سرايته وبه قال الشافعى وله ان حقه فى القطع والموجود قتل فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فوجبت الدية (وان قطع) الولى (يد القاتل) الذى قتل فلا نامثلا (ثم عفا) الولى عن القاتل (ضمن القاطع) وهو الولى (دية اليد) أى يد القاتل عند أبى حنيفة سواء اقضى له بالقصاص أولم يقض وقالا لا شئ عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى ومابرئ أو ماعفا وماسرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده وله انه استوفى غير حقه لان حقه فى القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط القود وجبت الدية والله أعلم

---

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الشهادة فى القتل
ولا يقيد حاضر بحجته * اذا أخوه غاب عن خصومته)

هذا بيت كامل من المنظومة صورته اذا قتل شخص وله وليان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل لا يقتل القاتل قصاصا وهو معنى قوله ولا يقيد أى لا يقتص من أقاد يقيد اقادة وثلاثيه قاد من القود وهو القصاص قوله بحجته أى باقامته للبينة وقوله (فان يعد لابد من اعادته) نصف بيت من المنظومة أيضا أى فان يعد الغائب لابد من اعادة البينة (لقتل) أى الحاضر والغائب الذى حضر وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا حاجة الى الاعادة وأجمعوا على أن القاتل يحبس اذا أقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل وأجمعوا على أنه لا يقضى بالقصاص مالم يحضر الغائب لهما أن الامتناع لاحتمال العفو واذا حضر لم يبق احتمال فلا يحتاج الى الاعادة وبه قالت الثلاثة وله انه حق القتيل من وجه وحق الورثة من وجه فتشترط الاعادة احتياطا (ولو) كان القتل (خطأ أو) كان المدعى (دينا) لابيهما على شخص فاقام الحاضر بينة عليه ثم حضر الغائب (لا) يعيد البينة اجماعا لانه تمكن من الاستيفاء (فان اثبت القاتل) يعنى أقام بينة على (عفو الغائب لم يقد) أى لم يقتص يعنى يسقط القصاص لانه ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه فى القصاص وانقلاب نصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى الاثبات عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له (وكذا) الحكم (لو قتل عبدهما) اى

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

عبد رجلين عمدا (و) الحال ان (أحدهما غائب) لاتقبل بينة الحاضر من غير اعادتها بعد عود الغائب ولو أقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص كما فى المسئلة السابقة (وان شهد وليان بعفو ثالثهما) بأن كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث انه عفا (لغت) شهادتهما لانهما يجران الى أنفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا (فان صدقهما) أى الشاهدين الوليين (القاتل) دون الولى المشهود عليه (فالدية لهم اثلاثا) أى من حيث الاثلاث لانه بتصديقه اياهما أقر لهما بثلثى الدية فيلزمه لكن يزعمون كلهم أن نصيب الولى المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه وتحول نصيبه أيضا مالا فوجب عليه كل الدية (وان كذبهما) القاتل (فلا شئ لهما) أى الشاهدين الوليين لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما فى القصاص فصح اقرارهما فى حق أنفسهما وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا تصدق دعواهما الا ببينة (وللآخر) وهو الولى المشهود عليه (ثلث الدية) لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حقه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما (وان شهدا أنه ضربه) أى ان فلانا ضرب فلانا (فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة قال صاحب الهداية وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح (وان اختلف شاهدا القتل فى الزمان) بأن قال أحدهما قتله يوم الخميس وقال الآخر يوم الجمعة (أو) اختلفا (فى المكان) بان قال أحدهما قتله فى بيته وقال الآخر قتله فى السوق (أو قال أحدهما) أى أحد الشاهدين (قتله بعصا وقال الآخر لم أدر بماذا قتل بطلت) شهادتهما لان القتل لا يتكرر فالقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى مكان آخر أو فى زمان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على القتل شهادة فرد فلم تقبل (وان شهدا انه قتله وقالا لم ندر بماذا قتله تجب الدية) فى ماله استحسانا والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة أصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الآلة اذا جهلت فقد جهل القتل وجه الاستحسان انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل لامكان العمل به فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندرى على الغفلة بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب اليه فى العقوبات احسانا للظن بهما وانما تجب الدية فى ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك (وان أقر كل واحد منهما) أى من الرجلين (أنه قتله) أى فلانا (وقال الولى قتلتماه جميعا فله) أى فللولى (قتلهما) أى قتل المقرين (ولو كان مكان الاقرار شهادة) بان شهد اثنان على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخران على آخر أنه قتله وقال الولى قتلتماه جميعا (لغت) الشهادة والفرق أن الاقرار والشهادة تناول كل منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب فى الاول من المقر له والمشهود له غير أن تكذيب المقر له فى بعض ما أقر به لا يبطل اقراره فى الباقى وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

هذا (باب) فى بيان أحكام (اعتبار حالة القتل)

(المعتبر حالة الرمى) لانه فعل الرامى فوجب اعتباره فى حق الحل والضمان ثم فرع عليه بالفاء

بقوله

بقوله (فتجب الدية بردة المرمى اليه قبل الوصول) صورته رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله قبل وصول السهم اليه ثم وقع به السهم يجب على الرامى الدية عند أبى حنيفة وقالا لا شىء عليه لان فعله انما صار قتلا وقت الاصابة وهو مرتد وله أنه صار قاتلا بفعله وفعله وجد وهو معصوم لكن لم يجب القصاص للشبهة (لا) يجب شىء (باسلامه) أى باسلام المرمى اليه بان رمى الى حربى أو مرتد فاسلم قبل الاصابة ثم أصابه بعد الاسلام وهذا بالاجماع لان الرمى لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل (و) يجب (القيمة بعتقه) يعنى لو رمى الى عبد فأعتقه المولى بعد الرمى قبل الاصابة ثم أصابه فمات منه لزمته القيمة عند أبى حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمى وثمانمائة بعد لزمه مائتان لان العتق قاطع للسراية وله أنه يصير قاتلا له من وقت الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب القيمة وقال زفر عليه الدية لان الرمى انما صار علة عند الاصابة وهو حر فى ذلك الوقت فتجب ديته (ولا يضمن الرامى برجوع شاهد الرجم بعد الرمى) صورته قضى القاضى برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمى قبل الاصابة ثم وقع عليه الحجر فلا شىء على الرامى لما أن المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها (وحل) أكل (الصيد بردة الرامى) صورته رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل أكله لان المعتبر حالة الرمى (لا) يحل (باسلامه) بأن رماه وهو مجوسى فأسلم قبل الوقوع لا يحل لما ذكرنا (ووجب الجزاء بحله) بأن رمى المحرم صيدا فحل قبل الاصابة ثم أصابه وجب الجزاء عليه (لا) يجب الجزاء (باحرامه) بأن رماه وهو حلال فاحرم قبل الاصابة فوقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لما ذكرنا والله أعلم

---

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الدية) *

وأصلها ودية كعدة أصلها وعدة من وداه يديه أى أدى ديته فالدية اسم للمصدر وللمال الذى هو بدل النفس (دية شبه العمد مائة من الابل) بلا خلاف والخلاف فى القسمة فى الاصناف أشار اليه بقوله (أرباعا) أى من حيث الارباع ثم بينه بقوله (من بنت مخاض) وهى التى طعنت فى السنة الثانية (الى جذعة) وهى التى طعنت فى الخامسة وتكون خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عندهما وعند محمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية فى بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطا العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل أربعون منها من ثنية الى بازل عامها كلهن خلفة وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية ولهما ان النبى عليه الصلاة والسلام قضى فى الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانما تجب فيه اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد والثنى من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل فى السادسة والبازل ما دخل فى السنة التاسعة والذكر والانثى فيه سواء والخلفة الحامل من النوق (ولا تغليظ الا فى الابل) لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا فلم يتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضى لا ينفذ قضاؤه (و) الدية (فى الخطا مائة من الابل اخماسا) أى من حيث الاخماس عشرون (ابن مخاض و) عشرون (بنت مخاض و) عشرون (بنت لبون و) عشرون (حقة و) عشرون (جذعة) لما روى ابن مسعود رضى الله عنه ان النبى عليه

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

الصلاة والسلام قال فى دية الخطا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر رواه أحمد وأبوداود والترمذى وآخرون والشافعى أخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحديث حجة عليه (أو ألف دينار) من الذهب (أو عشرة آلاف درهم) من الورق وقال مالك والشافعى الدية اثنا عشر الف درهم لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلا قتل فجعل النبى عليه الصلاة والسلام ديته اثنى عشر ألفا رواه أبوداود والترمذى ولنا ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى عليه الصلاة والسلام قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم وماقلنا أولى للتيقن به لانه أقل ولا تكون الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبى حنيفة وعندهما تجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ازار ورداء هو المختار وفى النهاية قيل فى زماننا قميص وسراويل (وكفارتهما) أى كفارة القتل خطا أو شبه العمد (ما) أى الذى (ذكر فى النص) أى القرآن وهو الاعتاق والصوم متتابعا قال الله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد خطأ فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فتتناوله ما الآية (ولا يجوز الاطعام) لانه لم يرد به نص (و) لا (الجنين) فى الاعتاق لانه لم تعرف حياته ولاسلامته ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص (ويجوز الرضيع لو كان أحد ابويه مسلما) لانه مسلم تبعا له والظاهر سلامة أطرافه على ماعليه الجبلة (ودية المرأة على النصف من دية الرجل فى النفس ومادونها) أى مادون النفس وهو الاطراف روى ذلك عن على رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا وعند الشافعى الثلث ومادون الثلث لا ينصف (ودية المسلم والذمى سواء) وقال مالك دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وقال الشافعى دية النصرانى واليهودى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم لانه روى هكذا وهذا على قوله القديم وبه قال أحمد ومالك فى رواية وعلى قوله الجديد ثلث المائة من الابل أو قيمة الثلث عند فقدها وكذلك فى المجوسى ولنا ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم ودى المعاهدين اللذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن أمية الضمرى بمائة من الابل وقال عليه الصلاة والسلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وعن الزهرى ان أبابكر وعمر رضى الله عنهما كانا يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم

*هذا (فصل) فى بيان ديات الاطراف (فى النفس) جار ومجرور فى محل الرفع على الخبرية عن المبتدا بعد كلمات كثيرة وهو قوله الدية على ماياتى ومابعده عطف عليه وهو قوله (و) فى (المارن) وهو مالان من الانف وفضل عن القصبة (و) فى (اللسان) لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا فى قطع بعضه اذا امتنع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهى ستة عشر حرفا يجمعها قولك ذرى جل صدت طمس شذ زنضظ فاصاب الفائت يلزمه ولا مدخل للحروف الحلقية فيه وهى الهمزة والهاء والعين والحاء والغين والخاء ولا الشفوية وهى الباء والميم والواو وقيل ان قدر على أكثرها تجب حكومة عدل

قوله شذر صوابه شذر ١٢

لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الاكثر تجب كل الدية (و) فى (الذكر) لفوات منفعة جمة من الوطء والايلاد واستمساك البول ورميه ودفق الماء والايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة (وكذا) فى (الحشفة) الدية الكاملة (و) فى (العقل) اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك (و) فى (السمع و) فى (البصر و) فى (الشم و) فى (الذوق) لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقال أبو يوسف لا يعرف الذهاب والقول قول الجانى لانه منكر ولا يلزمه شئ الا اذا صدقه أو نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم أنها لم تذهب وان لم يهرب فهى ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يغافل ثم ينادى فان أجاب علم أنها لم تذهب والا فهو ذاهب (و) فى (اللحية ان لم تنبت) لانه أزال جمالا على الكمال (و) فى (شعر الرأس) أيضا اذا لم ينبت كذلك وقال الشافعى فيهما حكومة عدل لانه ليس فيهما تفويت المنفعة من كل وجه وبه قال مالك واحمد ولنا ان فيه تفويت جنس المنفعة وهى منفعة الجمال كما ذكرنا وفى لحية العبد كمال القيمة فيما روى الحسن عن ابى حنيفة وفى الشارب حكومة عدل لانه ليس فيهما تفويت المنفعة من كل وجه على الصحيح واختلفوا فى لحية الكوسج والاصح انه ان كان على ذقنه شعرات معدودة فليس فى حقه شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل به ففيه حكومة عدل عندهم وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ ولكنه يؤدب على ذلك فان نبت أبيض فقد ذكر فى النوادر انه لا يلزمه شئ عند أبى حنيفة فى الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما تجب حكومة عدل لان البياض فى غير أوانه شين وفى العبد يجب حكومة عدل عندهم ويستوى العمد والخطأ فى حلق الشعر ويؤجل فيه سنة وان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوى فيه الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شئ عليه (و) فى (العينين واليدين والشفتين والحاجبين والرجلين والاذنين والانثيين) أى الخصيتين (وثديى المرأة) ففى قطع الزوج الدية كاملة وفى قطع أحدهما نصف الدية وانما قيد بثديى المرأة لان فيه تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثدى الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فتجب فيهما حكومة عدل وفى حلمتى المرأة كمال الدية وفى احداهما نصف الدية وعند مالك والشافعى تجب فى الحاجبين حكومة عدل وقوله (الدية) مرفوع بالابتداء وخبره مقدما قوله فى النفس كما ذكرنا (وفى كل واحد من هذه الاشياء) أراد به ما هو مزدوج من هذه الاعضاء المذكورة (نصف الدية) كما فى العين الواحدة واليد الواحدة ونحوهما ثم أشار الى حكم ما يكون من الاعضاء ارباعا بقوله (وفى أشفار العينين) وهو جمع شفرة العين بضم الشين وهو حرف الجفن حيث ينبت الهدب ويقال بفتح الشين أيضا (الدية) اذا قلعها ولم تنبت (وفى احدها) أى أحد الاشفار (ربعها) أى ربع الدية لانه يتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الاذى والقذى من العين ولو قطع الجفون باشفارها تجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشئ واحد ثم أشار الى حكم ما يكون من الاعضاء اعشارا بقوله (وفى كل اصبع من اصابع اليدين أو الرجلين

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

عشرها) أى عشر الدية لان فى قطع جميع الاصابع الدية وفى قطع واحدة عشرها لقوله عليه الصلاة والسلام فى كل اصبع عشر من الابل والاصابع كلها سواء ولا يعتبر الزيادة فيها (وما) أى التى أى الاصابع التى (فيها مفاصل) وهو جمع مفصل (ففى احدها) أى أحد المفاصل (ثلث دية اصبع) لانه ثلثها فدية الاصبع ألف فيجب فى أحد المفاصل ثلث الالف (ونصفها) أى نصف دية اصبع (لو) كان (فيها) أى فى الاصبع مفصلان كالابهام (وفى كل سن) من الاسنان (خمس من الابل أو خمسمائة درهم) وتزاد دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة أخماس الدية لان الانسان له اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فاذا وجب فى الواحدة نصف عشر الدية يجب فى الكل دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم هذا اذا كان خطأ وان كان عمدا ففيه القصاص على ما مر (وكل عضو ذهب نفعه) بضرب ضارب (ففيه دية) كاملة (كيد شلت) بالضرب (وعين ذهب ضوؤها) بالضرب وكذا اذا ضربه فى صلبه فانقطع ماؤه تجب الدية وكذا لو احدبه ولو زالت الحدوبة فلا شئ عليه لزوالها

* هذا (فصل) * فى بيان احكام (الشجاج) وهى جمع شجة وهى عشرة أشار الى الاولى بقوله (فى الموضحة) وهى التى توضح العظم اى تبينه وتكشفه (نصف عشر الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمس عشرة وفى الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية (وفى الهاشمة) وهى التى تهشم العظم أى تكسره (عشرها) أى عشر الدية لما روينا وهى الشجة الثانية (وفى المنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر (عشر) الدية (ونصف عشر) الدية لما روينا وهى الشجة الثالثة (وفى الآمة) بتشديد الميم وهى التى تصل الى ام الدماغ وأم الدماغ هى الجلدة الرقيقة التى تجمع الدماغ وهى الشجة الرابعة (والجائفة ثلثها) وهى التى تكون فى الرأس والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا تكون الا فى الرأس والوجه وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق فلذلك لم تدخل الجائفة فى العشرة لانها لا يطلق عليها الشجة وانما ذكرت مع الآمة لاستوائهما فى الحكم قال عليه الصلاة والسلام فى الجائفة ثلث الدية وكذلك فى الآمة ثلث الدية لما روينا الآن (فان نفذت الجائفة فثلثاها) أى فالواجب ثلثا الدية لما روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه انه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب فى كل واحدة منهما الثلث (وفى الحارصة) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم مأخوذ من حرص القصار الثوب اذا شقه فى الدق وهى الشجة الخامسة (و) فى (الدامعة) بالعين المهملة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع فى العين مأخوذة من الدمع سميت بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع من المقلة وقيل لان عينيه تدمعان بسبب ألم يحصل له منها وهى الشجة السادسة (و) فى (الدامية) وهى التى تسيل الدم وذكر المرغينانى ان الدامية هى التى تدمى من غير أن يسيل منها هو الصحيح يروى عن أبى عبيد وهى الشجة السابعة (و) فى (الباضعة) وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق ومنه مبضع الفصاد وهى الشجة الثامنة (و) فى (المتلاحمة) وهى التى تأخذ فى اللحم

فتقطعه

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

فتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك أى يلتئم و يتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ماتؤل اليه وقال الازهرى الاوجه أن يقال اللاحمة أى القاطعة اللحم وهى الشجة التاسعة (و) فى (السمحاق) وهى التى تصل الى السمحاق وهى الجلدة الرقيقة التى بين اللحم وعظم الرأس وهى الشجة العاشرة وقوله (حكومة عدل) مرفوع بالابتداء وخبره مقدما هو قوله وفى الحارصة ومابعده عطف عليه داخل فى حكمه وذلك لانه ليس فيها ارش مقدر من جهة السمع ولا يمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعى وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهم واختلفوا فى تفسيرها فقال الطحاوى هى أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ثم يقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت مابينهما فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية وقال الكرخى ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وفى المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها ارش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها ارش أو ثلثها وجب نصف أو ثلث ارش تلك الشجة وان كان ربعها فربع (ولا قصاص فى غير الموضحة) لعدم اعتبار المساواة وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد فى الاصل وهو الاصح لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف كالجائفة فيسبر غورها بمسمار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفى الموضحة القصاص ان كانت عمدا لانه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص فيها (وفى أصابع اليد) الواحدة (نصف الدية) لان فى كل اصبع عشرا من الابل فيكون فى الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف وقوله (ولو) كان (مع الكف) واصل بما قبله يعنى لا يزيد الارش بسبب الكف لانها تابعة للاصابع (و) فى قطع الكف (مع) قطع (نصف الساعد) يجب (نصف الدية) فى الكف والاصابع (و) تجب (حكومة) فى نصف الساعد عندهما وعند أبى يوسف مازاد على الاصابع من اليد والرجل الى المنكب وأصل الفخذ تبع فلا تزيد به الدية لان ماليس له ارش مقدر يكون تبعا لماله ارش مقدر ولهما ان الساعد لا يتبع الكف والاصابع ولا يمكن اهداره فتجب حكومة عدل (وفى قطع الكف و) الحال انه (فيها اصبع أو اصبعان عشرها) أى عشر الدية فيما اذا كان فيها اصبع (أو خمسها) أى أو خمس الدية فيما اذا كان فيها أصبعان (ولا شئ فى الكف) عند أبى حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش مافيها من الاصابع فيجب أكثرهما ويدخل القليل فى الكثير لانهما جنايتان فى محل واحد وله ان الاصابع أصل والكف تبع فالاصل وان قل يستتبع الفرع وان جل (وفى الاصبع الزائدة وعين الصبى وذكره ولسانه ان لم يعلم صحته بنظر) فى العين (وحركة) فى الذكر (وكلام) فى اللسان (حكومة) عدل وهو مرفوع بالابتداء وخبره مقدما قوله وفى الاصبع الزائدة ومابعده عطف عليه أما فى الاصبع الزائدة فلعدم تعلق الجمال بها وأما البقية فلان المقصود من هذه الاعضاء منافعها فاذا جهل وجود المنفعة لم تجب الدية الكاملة بالشك فتجب حكومة عدل وعند الثلاثة تجب دية كاملة الا اذا عرفت انها غير صحيحة وأما اذا علمت صحة هذه الاعضاء يكون حكمه حكم البالغ فى الخطا والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة أو باقرار الجانى وان أنكر ولم تقم به

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

بينة فالقول قول الجانى وكذا اذا قال لا أعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة (شج) رجلا (رجلا فذهب عقله أو) ذهب (شعر رأسه دخل ارش الموضحة فى الدية) لان فوات العقل يوجب بطلان منفعة جميع الاعضاء وارش الموضحة بفوات جزء من الشعر فيدخل الجزء فى الجملة والحاصل ان الجناية متى وقعت على عضو واحد فاتلفت شيئين وارش أحدهما أكثر دخل الاقل فيه ولا فرق فى هذا بين أن تكون الجناية عمدا أو خطأ وان وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه سواء كان عمدا أو خطأ عند أبى حنيفة لسقوط القصاص به عنده وعندهما يجب للاول قصاص ان كان عمدا وأمكن الاستيفاء والا فكما قال ابو حنيفة وقال زفر لا يدخل ارش الاعضاء بعضه فى بعض (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا) يدخل ارش الموضحة فى ارش أحد هذه الاشياء عندهما وعند أبى يوسف يدخل فى دية السمع والكلام ولا يدخل فى دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل وأما السمع والكلام فبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة كما يدخل فى ارش العقل ولهما ان كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسها فلا يدخل (وان شجه) أى وان شج رجل رجلا شجة (موضحة فذهب عيناه او قطع) رجل (اصبعه) أى اصبع رجل (فشلت) اصبع (اخرى او قطع المفصل الاعلى من مفاصل الاصابع (فشل مابقى) من المفاصل (أو) شلت (كل اليد أو كسر نصف سنه فاسود مابقى) من السن (فلا قود) أى فلا قصاص فى الكل عند أبى حنيفة مطلقا وقالا يجب القصاص فى الموضحة والدية فى العين فيما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه وكذا اذا قطع اصبعا فشلت أخرى بجنبها يقتص للاولى ويجب الارش للاخرى وعنده لما لم يجب القصاص فى العضوين يجب ارش كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا بان قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل مابقى منها يكتفى بارش واحد ان لم ينتفع بما بقى وان كان ينتفع به يجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل فى الباقى بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن فاسود مابقى أو اصفر أو احمر تجب دية السن كله بالاجماع والاصل عنده ان الفعل الواحد اذا أوجب مالا فى البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضوا واحدا وعندهما يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب (وان قلع سنه فنبتت مكانه) أى مكان السن المقلوعة سن (اخرى سقط الارش) عند أبى حنيفة وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والذى نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى وله أن الجناية قد زالت معنى ولهذا لو قلع سن صبى فنبتت مكانها اخرى لا يلزمه شئ بالاجماع هذا اذا نبتت مثل الاولى وان نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند أبى حنيفة ولو نبتت الى النصف فعليه نصف الارش (وان أقيد) أى اقتص القالع بان قلع سنه عوض السن المقلوعة (فنبت سن الاول يجب) الارش على المقتص له للمقتص منه لانه تبين أنه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستنظر حولا وفى التتمة والصحيح أنه يستنظر فى سن البالغ حتى يبرأ لان نباته نادر فلا يفيد تأجيله الى سنة فيؤخر الى البرء ليعلم عاقبته (وان شج رجلا فالتحم) أى الجرح يعنى اندمل (والتأم) ولم يبق له أثر (أو ضرب) رجلا (الجرح فبرئ وذهب أثره فلا ارش) عند أبى حنيفة لان الموجب هو الشين وقد زال وقال أبو يوسف عليه ارش الالم وهو

حكومة عدل وفي شرح الطحاوي فسره باجرة الطبيب والمداواة وقال محمد عليه اجرة الطبيب فعلى هذا الاخلاف بين أبي يوسف ومحمد وبقولهما قال الشافعي واحمد في رواية (ولا قود بجرح حتى يبرأ) صاحبه لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه أحمد والدارقطني وهو حجة على الشافعي في قوله يقتص منه في الحال لتحقق الموجب (وكل عمد سقط فيه قوده) أي قصاصه (بشبهة كقتل الاب ابنه) قتلا (عمدا فديته في مال القاتل وكذا) يجب في مال القاتل (ما وجب صلحا) أي من حيث الصلح (أو) وجب (اعترافا) أي من حيث الاعتراف (أولم يكن نصف العشر) أي نصف عشر الدية لما روى عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة تتحمل تخفيفا عن القاتل وذلك يليق بالمخطئ والذي وجب بالصلح وجب بعقده والعاقلة ما تتحمل الا ما وجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار وانما لا يتحمل أقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدي الى الاجحاف بالجاني ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلاث سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا وما دون ارش الموضحة يجب في سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب في سنة وقال الشافعي ما وجب بقتل الاب ابنه يجب حالا كسائر المتلفات ولنا انه مال وجب بنفس القتل فيكون كما اذا وجب بالقتل خطأ أو شبه عمد او بالاعتراف بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتداء فلا يتأجل الا بالشرط كسائر العقود (وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه) أي في قتلهما (ولا حرمان) عن الارث لقول علي رضي الله عنه عمده وخطؤه سواء في مجنون صال على رجل بسيف فضربه والصبي مظنة الرحمة والدية على عاقلته اذا كان الواجب قدر نصف العشر أو أكثر بخلاف ما دونه كما في البالغ العاقل وحرمان الارث عقوبة وهما ليسا من أهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لهما وعند الشافعي عمد الصبي عمد فتجب الدية في ماله ويحرم به عن الارث ويجب عليه الكفارة (والمعتوه) وقد فسرناه غير مرة (كالصبي) في الحكم المذكور

هذا * (فصل) * (في بيان أحكام الجنين) وهو اسم الولد في بطن الام قبل أن يولد فاذا ولد يسمى وليدا ثم رضيعا على ما عرف في موضعه (ضرب) شخص (بطن امرأة فألقت) المرأة (جنينا ميتا يجب) فيه (غرة) بضم الغين المعجمة وتشديد الراء وغرة الشيء في اللغة خياره كالفرس النجيب والحمار الفاره وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه أول شيء يظهر ثم أشار الى تفسيرها بقوله (نصف عشر الدية) على طريق البدل وأراد نصف عشر دية الرجل اذا كان الجنين ذكرا وعشر دية المرأة اذا كان انثى وكل منهما خمسمائة درهم لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل والاصل فيه ما روى ان امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها غرة عبدا او وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها رواه البخاري ومسلم وآخرون وهي على العاقلة عندنا وعند مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس من وجه وتجب في سنة عندنا وعند الشافعي في ثلاث سنين لانه بدل النفس ألا ترى انه يورث ولنا ما روى عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة فى سنة ويستوى فى الجنين الذكر والانثى لاطلاق مارويناه (فان ألقت) جنينا (حيا فمات) أى الجنين (فديه) أى فتجب دية كاملة لانه أتلف آدميا خطأ أوشبه عمد (فان ألقت) جنينا (ميتا فماتت الام فديه) أى فتجب دية (وغرة) أيضا لما روينا (فان ماتت) الام (فألقت) جنينا (ميتا فدية) أى فتجب دية (فقط) وقال الشافعى تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه ظاهرا ولنا أن موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها فيختنق بموتها فلا يكون فى معنى ماورد به النص (ومايجب فيه) أى فى الجنين (يورث) عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولايرثه الضارب (ولايرث عنه) أى عن الجنين (أب) ثم أوضح ذلك بقوله (فلوضرب) رجل (بطن امرأته فألقت) جنينا (ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولايرث الاب (منها) أى من الغرة لانه قاتل مباشرة ظلما ولاميراث للقاتل (وفى جنين الامة لو) كان (ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو) كان (انثى) وقال الشافعى يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه بدل نفسه فلا يقدر بغيره وعن أبى يوسف أنه يجب ضمان نقصان الام ان انتقصت بذلك اعتبارا بجنين البهائم (فان حرره) أى الجنين (سيده بعد ضربه) أى بعد ضرب رجل أم الجنين الامة (فألقته) أى الجنين (فمات) الجنين (ففيه قيمته) أى قيمة الجنين حال كونه (حيا) لانه صار قاتلا اياه وهو حى وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته مابين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية ولاتجب الدية وان مات بعد العفو عندنا وعند الثلاثة تجب دية وهو رواية عنا (ولا كفارة فى الجنين) على الضارب وقال الشافعى تجب عليه الكفارة لانه قاتل وبه قال مالك وأحمد ولنا ان القتل غير متحقق لجواز ان لاحياة فيه (وان شربت) المرأة (دواء لتطرحه) أى الولد (وعالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها) أى عاقلة هذه المرأة (الغرة ان فعلت) فعلها المذكور (بلا اذن) الزوج لانها أتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة ولاترث هى من الغرة شيأ لانها قاتلة بغير حق بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن الزوج حيث لاتجب الغرة لعدم التعدى وعند الثلاثة ضمن عاقلتها الغرة مطلقا وتجب الكفارة أيضا ولو فعلت ام الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلاشئ عليها مالم تستحق لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين انه ليس بمالك لها وانه مغرور وولد المغرور حر الاصل وهى متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين فتجب الغرة له ويقال للمستحق ان شئت سلم الجارية وان شئت افدها لانه الحكم فى جناية المملوك وفى الفتاوى معتدة حامل احتالت لانقضاء عدتها باسقاط الحمل فعليها الغرة للزوج ولاترث منه

هذا * (باب) * فى بيان أحكام (مايحدثه الرجل فى الطريق) *

من أخرج الى طريق العامة كنيفا) وهو بيت الخلاء (أوميزابا أوجرصنا) وهو الممر على العلو وهو مثل الرف وقيل هى الخشبة الموضوعة على جدارى السطحين ليتمكن من المرور وقيل هو الذى يعمل قدام الطاقة لتوضع عليه كيزان ونحوها (أودكانا) وهو الموضع المرتفع مثل المسطبة (فلكل واحد من أهل الخصومة (نزعه) يعنى مطالبته بنزعه لان المرور فى هذا الطريق حق مشترك لهم بأنفسهم ودوابهم ولكل من يثبت له هذا الحق أن ينزعه وعند محمد والثلاثة ليس لكل نزعه اذا لم

يضربهم

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

يضر بهم هذا اذا بنى لنفسه وأما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض كذا روى عن محمد وقال اسمعيل الصفار انما ينقض لخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثل ذلك لا يلتفت الى خصومته (وله) أى للرجل من أصحاب الاملاك (التصرف فى) الطريق (النافذ) باحداث ماذكر مما تقدم (الا اذا أضر) بالعامة فحينئذ يمنع لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام (وفى غيره) أى فى غير النافذ من الطريق (لا يتصرف الا باذنهم) أى باذن أهل تلك الطريق لانها مملوكة لهم فهم فيها شركاء (فان مات أحد) من الناس (بسقوطها) أى بسقوط الكنيف والميزاب والجرصن ونحوها (فديته) أى فدية المقتول (على عاقلته) أى عاقلة من أخرج ذلك الى الطريق لانه سبب لهلاكه كما تجب الدية على العاقلة (لو حفر بئرا فى طريق أو وضع حجرا فتلف به) أى بالبئر أو بالحجر (انسان) لانه مسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم من الميراث (ولو) كان الهالك بسقوط نحو الكنيف أو بوقوعه فى البئر (بهيمة فضمانها فى ماله) لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال والقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لان كل ذلك تسبيب بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب موضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه غير متعد فيه ولو جمع الكناسة فى الطريق وتلف بها انسان ضمن لوجود التعدى وكذا اذا صب الماء فى الطريق أو رش أو توضأ فعطب به انسان أو حيوان أو مال يضمن لانه متعد بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيه أو وضع خشبه أو متاعه لان لكل من أهله أن يفعل ذلك لانه من ضرورات السكنى بخلاف الحفر لانه ليس من الضرورات فيضمن ما عطب به وقالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق فيه عادة وأما اذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور فى موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن الراش لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب فى بئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علمه بان كان ليلا أو كان أعمى وقيل يضمن مع العلم أيضا اذا رش جميع الطريق لانه مضطر فى المرور فيه وكذا الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق وفى أخذها جميع الطريق أو بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا (ومن جعل بالوعة فى طريق بامر سلطان أو) جعلها (فى ملكه او وضع خشبة فيها) أى فى الطريق (أو) وضع (قنطرة بلا اذن الامام) فى الموضعين (فتعمد رجل المرور عليهما لم يضمن) فى الصور كلها اما فى البالوعة فلانه باذن الامام او ملكه فليس بمتعد وأما وضع الخشبة والقنطرة بلا اذن الامام وان كان متعديا فيه ولكن تعمد المار بالمرور عليهما يقطع النسبة الى الواضع لان الواضع مسبب والمار مباشر فصار هو صاحب العلة فلا يعتبر التسبيب معه (ومن حمل شيا فى الطريق فسقط على انسان ضمن) سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف أو الصيد (ولو كان) المحمول (رداء قد لبسه فسقط) على انسان فعطب به (لا) يضمن والفرق بينه وبين الشئ المحمول ان حامل الشئ يقصد حفظه فلا يحرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل فى حقه مباحا مطلقا وعن محمد اذا لبس زيادة على قدر الحاجة أو ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع الحديد فى غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة

الى ابسه وسقوط الضمان باعتبارها العموم البلوى (مسجد لعشيرة) أى لقوم مخصوصين (فعلق رجل منهم) أى من العشيرة (قنديلا) فى المسجد (او جعل فيه) أى فى المسجد (بوارى) وهو الحصير من القصب (او) جعل فيه (حصاة فعطب) أى هلك (به) أى بالقنديل ونحوه أى بسببه (رجل لم يضمن) لان هذا أمر يتولاه أهله (وان كان) الفعل الحاصل من الاشياء المذكورة (من غيرهم) أى من غير عشيرة المسجد (ضمن) عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن لان كل أحد يطلب التقرب بذلك فيستوى فيه أهله وغير أهله وبه قالت الثلاثة وبه يفتى وله أن هذا أمر يتولاه عشيرته وغيرهم يفعله بشرط السلامة فصار كبسط الحصر فى دار الغير (وان جلس فيه) أى فى المسجد (رجل منهم) أى من عشيرة المسجد (فعطب) أى هلك (به) أى بجلوس ذلك الرجل (ضمن ان كان) هذا الجالس (فى غير الصلاة وان كان فيها) أى فى الصلاة (لا) يضمن عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال لان كل أحد مأذون بدخوله وقعوده وبه قالت الثلاثة وله أن المسجد أعد للصلاة لا غير فكان غيرها من الافعال مقيدا بشرط السلامة ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه فى الصلاة أو فى غيرها او مر فيه أو قعد فيه للحديث فهو على هذا الاختلاف أما المعتكف فهو على هذا الاختلاف فى قول وقيل لا يضمن بلا خلاف وصلاة التطوع كالفرض بالاجماع وذكر شمس الائمة أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وفى كشف الغوامض ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد انه ان جلس للحديث ضمن بالاجماع

هذا * (فصل فى) بيان أحكام (الحائط المائل) الى الطريق (حائط مال الى طريق العامة ضمن ربه) أى صاحبه (ما تلف به) أى بالحائط (من نفس) من الانسان والحيوان (أو مال ان طالب) رب الحائط (بنقضه مسلم اوذمى و) الحال انه (لم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه) والقياس أن لا يضمن وبه قال الشافعى وأحمد لانه لم يوجد منه صنع وجه الاستحسان مروى عن على وشريح والنخعى والشعبى وغيرهم من أئمة التابعين رضى الله عنهم وفيه شروط الاول لابد من طلب مالكه بنقضه لانه لا يصير متعديا الا بالطلب والاشهاد عليه وهو أن يقول الرجل اشهدوا انى قد تقدمت الى هذا الرجل وطالبته بنقض هذا الحائط المائل ولا يصح الاشهاد قبل وهاء الحائط والاشهاد للتمكن من اثباته عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا على سبيل الشرط لصحة الطلب كعقد النكاح ولهذا لم يذكره الشيخ رحمه الله الثانى يشترط أن يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصى فى ملك الصغير أو الجد أو العبد التاجر كان عليه دين أو لا والتالف به يكون فى رقبته ان كان مالا والنفس على عاقلة المولى والى الراهن فى الدار المرهونة لانه القادر على الهدم والى المكاتب ثم ان أتلف حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى ولا يطالب المستأجر والمستعير والمرتهن والمودع حتى لو سقط وأتلف شيأ لا يضمن هؤلاء وسوى الشيخ بين أن يكون المطالب بالنقض مسلما أو ذميا لان الناس كلهم شركاء فى المرور فصح التقدم

الىه

اليه من أى من كان بعد ان كان بالغا عاقلا حرا أو مكاتبا ذكرا كان أو أنثى بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم لانهم ليسوا بأهل لمطالبة حقهم فكذا المطالبة حق العامة الا اذا أذن لهم المولى أو الولى فحينئذ يصح مطالبتهم الثالث يشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض الرابع يشترط للضمان أن تمضى مدة يتمكن فيها من النقض بعد الاشهاد حتى لو أشهد عليه فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته على النقض ثم التالف به يكون فى رقبته ان كان مالا وان كان نفسا يؤدى عاقلته الدية (وان بناه) أى وان بنى الحائط حال كونه (مائلا ابتداء) أى فى ابتداء الامر (ضمن ما أتلفه بسقوطه بلا طلب) لانه تعدى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر فى الطريق (وان مال) الحائط (الى دار رجل فالطلب الى ربها) أى الى صاحب الدار لان الحق له على الخصوص وان كان يسكنها غيره كان له أن يطالبه (فان أجله) صاحب الدار (أو أبرأه صح) كل واحد من تأجيله وابرائه حتى لو سقط فى الابراء أو قبل مضى المدة فى التأجيل لا يضمن لان الحق له (بخلاف) ما اذا مال الى (الطريق) العام فأجله القاضى أو من أشهد عليه أو أبرأه حيث لا يصح التأجيل ولا الابراء الا فى حق نفسه لان الحق فيه لجماعة المسلمين وليس للقاضى وغيره أن يبطل حقهم (حائط مشترك) (بين خمسة) أنفس (أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن) الذى أشهد عليه (خمس الدية) وتكون على عاقلته عند أبى حنيفة وقالا عليه نصف الدية لان فعله هدر ومعتبر فانقسم على نصفين وله ان العلة هى الجناية فيقسم الحاكم على أربابها فيجب عليه بقدر الجناية (دار بين ثلاثة) أنفس (حفر أحدهم) أى أحد الثلاثة (فيها) أى فى الدار (بئرا) بغير اذن شريكيه (أو بنى حائطا) فيها بلا اذن شريكيه (فعطب) أى فهلك (به) أى بالحفر أو ببناء الحائط (ضمن) الحافر أو البانى (ثلثى الدية) عند أبى حنيفة فتكون على عاقلته وقالا عليه النصف كما فى المسئلة الاولى وعند الشافعى وأحمد يضمن كل الدية فى الحفر فقط

هذا (باب) فى بيان أحكام (جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك)

(ضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أو رأس أو كدمت) من الكدم وهو عض الدابة بفيها (أو خبطت) أى ضربت لان الاحتراز عن الايطاء والكدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورات السير فقيدناها بشرط السلامة (لا) يضمن الراكب (ما نفحت) الدابة (برجل وذنب) لانه لا يمكنه الاحتراز عن النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة فلم نقيده بالسلامة يقال نفحه برجله اذا ضرب به وهو بالحاء المهملة من باب فعل يفعل بالفتح فيهما (الا اذا أوقفها) أى الدابة (فى الطريق) وهذا استثناء من قوله لا ما نفحت يعنى لا يضمن فى النفحة بالرجل والذنب الا اذا أوقف الدابة فى الطريق فنفحت برجلها أو ذنبها فحينئذ يضمن لانه يمكنه الاحتراز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بالايقاف فيضمنه وعند الشافعى وأحمد فى رواية يضمن ما نفحت من غير توقيفه أيضا وعند مالك لا ضمان فى فعل الرجل والذنب أوقف أو لم يوقف وباب المسجد كالطريق فى الايقاف ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند

باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك ايقاف الدابة فى سوق الدواب لانه مأذون له من جهة السلطان وكذلك الفلاة وطريق مكة اذا وقف فى غير المحجة لانه لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه الى الاذن أما المحجة فهى كالطريق (وان أصابت) الدابة (بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت) الدابة (غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عينا لم يضمن) لعدم امكان الاحتراز عن ذلك (و) لو كان الحجر (كبيرا يضمن) لامكان الاحتراز عنه (وان راثت) الدابة فى الطريق (أو بالت فى الطريق لم يضمن) الراكب (من) أى الذى (عطب) أى هلك (به) أى بسبب روثها أو بولها (وان أوقفها) أى الدابة (لذلك) أى لاجل ان تروث أو تبول وهذا واصل بما قبله وذلك لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت أو بالت وهى تسير وكذا اذا أوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا واقفا (وان أوقفها) أى الدابة (لغيره) أى لغير ان تروث أو تبول (ضمن) يعنى اذا راثت أو بالت فعطب به انسان أو شئ من المتاع لانه متعد فى الايقاف اذ هو ليس من ضرورات السير فيضمن (وما ضمنه) أى أى شئ ضمنه (الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهما مسببان كالراكب فى غير الايطاء فيجب عليهما الضمان بالتعدى فيه كالراكب وهذا الكلام يطرد وينعكس فى الصحيح وذكر القدورى ان السائق يضمن النفحة بالرجل وعليه بعض مشايخ العراق وجه الاول وعليه أكثر المشايخ ان السائق ليس له على رجلها شئ يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم (وعلى الراكب الكفارة) يعنى فى الايطاء وغيره لانه مباشر فيه (لا) تجب الكفارة (عليهما) أى على السائق والقائد يعنى فى الايطاء لانهما مسببان لانه لا يتصل منهما شئ بالمحل والكفارة حكم المباشرة لا التسبب وكذلك يتعلق بالايطاء فى حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان سائق وراكب قيل لا يضمن السائق ما وطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه والسائق مسبب وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان ألا ترى ان محمدا رحمه الله ذكر فى الاصل ان الراكب اذا أمر انسانا فنخس المأمور الدابة فوطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا فى الضمان فالناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان والصحيح الاول لما ذكرنا والجواب عما ذكر فى الاصل ان المسبب لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيأ لا يعمل بانفراده فى الاتلاف كما فى الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيأ بدون الالقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فافهم (ولو اصطدم فارسان) أى تلاقيا بالتصاق كل منهما الآخر بشدة (أو) اصطدم (ماشيان فماتا) من الاصدام (ضمن عاقلة كل منهما دية الآخر) وقال الشافعى يجب على عاقلة كل أحد نصف دية الآخر لان كلا منهما مقتول بفعل نفسه وفعل صاحبه ففعل نفسه هدر وفعل صاحبه معتبر وبه قال زفر ومالك ولنا ان صدمة كل من المصطدمين علة تلف صاحبه وشرط تلف نفسه فاضيف كله الى صاحب العلة لا الى صاحب الشرط فان قلت ما فائدة وجوب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر قلت لجواز أن تكون احدى العاقلتين أصحاب عين والاخرى أصحاب مواش أو غيرها فيحصل الانتفاع للطرفين جميعا وهذا الحكم الذى ذكرناه فى العمد والخطا

فى

فى الحرين ولو كانا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل يصير به المولى مختارا للفداء ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها فى الخطا ويأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول فى الدية فيما زاد على القيمة ونصف قيمته فى العمد ويأخذها ولى المقتول وما على العبد فى رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الاقدر ما أتلف من البدل وهو نصف القيمة (ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن) لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الاحكام فى الشد فصار كانه ألقاه على الطريق بخلاف الرداء لانه لا يقصد حفظه عادة فلا يقيد بشرط السلامة واللجام وسائر أدوات الحيوان كالسرج (وان قاد) رجل (قطارا) من الابل ونحوها (فوطئ بعير انسانا ضمن عاقلة القائد الدية) لانه عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا (فان كان معه) أى مع القائد (سائق يجب على عاقلتهما) أى عاقلة القائد والسائق (الضمان) لاستوائهما فى التسبيب هذا اذا كان السائق فى جانب من الابل أما اذا كان يوسطها وأخذ بزمام واحد يضمن هو وحده ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما هو قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيأ لم يضمن ما اصابت الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا ما اصابت الابل التى خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان أخذ بزمام ما خلفه اما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما أصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده (وان ربط رجل بعيرا على قطار) والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط انسانا فقتله فديته على عاقلة القائد وبعد الضمان (رجع عاقلة القائد بدية ما تلف على عاقلة الرابط) أما كونها على عاقلة القائد فلانه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو تسبيب وفيه الدية على العاقلة كما فى قتل الخطا وأما أنهم يرجعون بها على عاقلة الرابط فلانه هو الذى أوقعهم فيه قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير وأما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على أحد وكذا اذا علم القائد بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان (ومن أرسل بهيمة) قال فى النهاية المراد بها الكلب (وكان سائقها) أى كان ماشيا خلفها (فأصابت) البهيمة (فى فورها) أى من غير انقطاع السوق (ضمن) لانه الحامل لها فأضيف فعلها اليه وان لم يمش خلفها فما دام فى فورها فهو سائق لها فى الحكم فيلحق بالسوق واذا تراخى انقطع السوق (وان أرسل طيرا أو كلبا ولم يكن له سائقا أو انفلتت) أى تسيبت (دابة) لرجل (فأصابت مالا) بأن أفسدت زرعا مثلا (أو) أصابت (آدميا) فقتلته وسواء كان ذلك (ليلا) أى فى ليل (أو نهارا) أى فى نهار (لا) يضمن فى هذه الصور كلها أما الطير فلان بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا بخلاف البهيمة فان بدنها يحتمل السوق فيعتبر فيها السوق واما الكلب فلانه وان كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق فلا يضمن بخلاف ما اذا أرسله الى صيد حيث يؤكل ما اصابه وان لم يكن سائقا له لمساس الحاجة الى الاصطياد ولو شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح وأما انفلات البهيمة فلقوله عليه السلام

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

العجماء جبار أى فعل العجماء جبار أى هدر قال محمد هى المنفلتة وهذا صحيح ظاهر لان المركوبة والمسوقة والمقودة فى الطريق أو فى ملك الغير أو المرسلة فى الطريق فعلها معتبر وفى قاضيخان لو أرسل بهيمة وكان سائقا لها ضمن ما أصابت فى فورها وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقا له يضمن ما تلف ولو لم يكن سائقا له لا يضمن وكذا لو أشلى كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن الا أن يسوقه وقيل اذا أرسل كلبه وهو لا يمشى خلفه فعقر انسانا أو أتلف غيره ان لم يكن معلما لا يضمن وان كان معلما ضمن ان مر على الوجه الذى أرسله أما اذا أخذ يمنة أو يسرة فلا يضمن وأكثر المشايخ قالوا هذا فى البهيمة وأما فى الكلب فلا يضمن وان ذهب على سنن الارسال الا اذا كان خلفه ولو كان لرجل كلب عقور يؤذى من مر به فلاهل البلد أن يقتلوه وان أتلف يجب على صاحبه الضمان ان كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شئ عليه كالحائط المائل ولو أن رجلا طرح رجلا قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شئ الا التعزير والحبس حتى يتوب (وفى فقء) أى وفى قلع (عين شاة القصاب ضمن نقصانها) لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيه الا النقصان قيل قيد القصاب لغو لان الحكم فى جميع الشياه كذلك (وفى) فقء (عين بدنة الجزار و) فى فقء عين (الحمار والفرس) ضمن (ربع القيمة) وقال الشافعى فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة وبه قال مالك وأحمد ولنا ما روى انه عليه السلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولانه يمكن اقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها وان فقأ عينيها فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء أمسكها وضمنه النقصان والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (جناية المملوك والجناية عليه)

أى على المملوك (جنايات المملوك) وان كانت كثيرة (لا توجب) على المولى (الا دفعا واحدا) أى دفع رقبته لولى الجناية مرة واحدة (لو) كان المملوك (محلا له) أى للدفع بأن كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ من أسباب الحرية كالتدبير وأمومية الولد والكتابة (والا) أى وان لم يكن محلا للدفع بأن انعقد له شئ مما ذكرنا توجب جنايته (قيمة واحدة) ولا يزاد عليها وان تكررت الجناية وفى القن اذا جنى بعد الفداء يخير المولى بين الدفع والفداء كالجناية الاولى وكذا كل ما جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء بخلاف المدبر وأخته فانه لا يوجب الا القيمة واحدة على ما يجىء ان شاء الله تعالى (جنى عبده) أى عبد رجل جناية (خطأ دفعه) أى المولى بالخيار ان شاء دفع العبد (بالجناية) الى وليها (فيملكه) ولى الجناية (أو) ان شاء (فداه) أى فدى العبد (بارشها) وسواء كانت الجناية على حر أو عبد فى النفس أو فيما دونها واحترز بقوله خطأ عن العمد لكن انما يفيد التقييد اذا كانت على النفس وأما اذا كانت على الاطراف فلا يفيد التقييد به اذ لا يجرى القصاص فيها بين العبيد ولا بين الاحرار والعبيد ومذهب الشافعى ان جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها الا أن يقضى المولى الارش وبه قال أحمد وثمرة الاختلاف تظهر فى اتباع الجانى عنده وعندنا لا يتبع لا فى حالة الرق ولا بعد الحرية والمسئلة

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما مثل مذهبه ثم لافرق بين أن يكون المولى قادرا على الارش أولم يكن عند أبى حنيفة وعندهما لايصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الابرضا الاولياء وان لم يختر شيأ حتى مات العبد يبطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه بخلاف مااذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمته (فان فداه) أى فان فدى المولى العبد (فجنى) بعده جناية أخرى (فهى) أى الجناية الثانية (كالاولى) أى كالجناية الاولى يعنى حكمهما واحد لانه لما طهر عن الجناية الاولى بالفداء جعل كأنه لم يكن من قبل وهذا ابتداء جناية (وان جنى) العبد (جنايتين دفعه) أى دفع المولى العبد (بهما) أى بالجنايتين (أو فداه) أى العبد (بارشهما) لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم أرش جنايته وللمولى أن يفدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لاختلاف الحقوق بخلاف مااذا كان المقتول واحدا وله وليان أو أولياء حيث لم يكن له أن يفدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لاتحاد الحق (فان أعتقه) المولى حال كونه (غير عالم بالجناية ضمن) المولى (الاقل من قيمته و) الاقل (من ارشه) لانه فوت حقه بما صنع فيضمنه وحقه فى أقلهما وعند الشافعى فى قول وأحمد فى رواية ومالك ضمن الارش فقط (ولو) اعتقه حال كونه (عالما بها) أى بالجناية (لزمه الارش) فقط بالاجماع لانه صار مختارا للفداء (كبيعه) أى كما لزمه الارش فقط فى بيعه العبد الجانى حال كونه عالما بالجناية واطلاق البيع ينتظم البيع بالخيار للمشترى لا للبائع ولو باعه فاسدا لايصير مختارا الا بالتسليم ولو باعه من المجنى عليه فهو مختار للفداء بخلاف الهبة منه واذا باعه غير عالم بالجناية يلزمه الاقل كما فى العتق ولو قال فان أعتقه أو باعه غير عالم الخ كان أولى واعتاق المجنى عليه بأمر المولى كاعتاق المولى فيما ذكرناه وبالاجارة والرهن يصير مختارا فى رواية كتاب الاعتاق والاظهر أنه لايكون مختارا بهما للفداء لانه لم يعجز عن الدفع لان له أن يفسخ الاجارة والرهن لتعلق حق المجنى عليه بعين العبد سابقا على حقهما (وتعليق عتقه) بالجر عطف على قوله كبيعه أى وكتعليق عتق العبد (بقتل فلان) بأن قال له ان قتلت فلانا فانت حر (و) كتعليق (رميه) بان قال له ان رميت فلانا فأنت حر (و) كتعليق (شجه) أى شج فلان بان قال ان شججت فلانا فانت حر كان المولى مختارا للفداء فى جميع ذلك (ان فعل) العبد (ذلك) أى ماذكر من القتل أو الرمى أو الشج وفى تعليق العتق خلاف زفر فعنده لايصير مختارا للفداء وعليه القيمة لانه لم يوجد الاختيار بعد الجناية ولنا ان تعليق العتق مع علمه بانه يعتق عند القتل دليل اختياره فتلزمه الدية (عبد قطع يد حر) حال كونه (عمدا) أى عامدا (ودفع) العبد (اليه) أى الى الحر الذى قطع يده (فحرره) أى أعتقه المدفوع اليه (فمات من) سراية (اليد فالعبد صلح بالجناية) لانه قصد صحة الاعتاق ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز وكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها (وان لم يحرره) أى العبد المجنى عليه ومات من السراية (رد) العبد أى يرده ورثته (على سيده ويقاد) أى يقتص العبد لانه ظهر ان الصلح كان باطلا لانه وقع عن المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لايجرى

بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية ظهر أن دية البدن غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لابد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه (جنى) عبد (مأذون له (مديون) جناية (خطأ فحرره سيده بلا علم) بالجناية (عليه) أي على السيد (قيمة لرب الدين وقيمة) أخرى (لولي الجناية) لانه أتلف حقين الدفع الى ولي الجناية والبيع للغرماء بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي والمسئلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته ثم الغريم أحق بتلك القيمة لانها مالية العبد والغريم مقدم في المالية على ولي الجناية لان الواجب أن يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فتسلم اليه (مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها للدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد له) أي لولي الجناية والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها فلا يسرى الى الولد ثم اعلم أن شرط السراية الى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين أما اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث تتعلق الغرماء بها سواء كسبت قبل الدين أو بعده (عبد) لرجل (زعم رجل أن سيده حرره فقتل) العبد (وليه) أي ولي ذلك الرجل الزاعم أن مولاه أعتقه قتلا (خطأ لاشئ له) أي لهذا الرجل الزاعم لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقر بانه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية على العاقلة فلا يصدق الا بحجة (قال معتق لرجل قتلت أخاك) مخاطبا به مولاه الذي أعتقه قتلا (خطأ و) الحال (أنا عبد وقال) المولى لا بل قتلته (بعد العتق فالقول للعبد) لانه منكر للضمان لانه يسنده الى حالة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا كان رقه معروفا فصار كقول البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو مجنون أو بعت داري كذلك وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله (وان قال) رجل (لها) أي لامته التي أعتقها (قطعت يدك و) الحال (أنت أمتي وقالت) هي لا بل قطعتها (بعد العتق فالقول لها) لانه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله (وكذا) القول قولها في (كل ما أخذ منها) من المال لما ذكرنا استحسانا وهذا عندهما وقال محمد لا يضمن الا شيأ قائما بعينه يؤمر برده عليها كما في الوطء والغلة ولهما ما ذكرناه (الا الجماع) أي الوطء بأن قال وطئتك وأنت أمتي وقالت لا بل بعد العتق (و) الا (الغلة) بان قال أخذت من غلتك وأنت أمتي وقالت لا بل بعد العتق فيكون القول قوله فيهما لانه يسند ذلك الى حالة معهودة منافية للضمان لان المولى اذا وطئ أمته المديونة لا يجب عليه العقر وكذا لو أخذ من غلتها لا يجب عليه الضمان وان كانت مديونة (عبد محجور أمر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته) أي دية المقتول (على عاقلة الصبي) لان المباشر هو الصبي للقتل وعمده وخطؤه سواء فيجب على عاقلته ولا شئ على العبد الآمر وكذا الحكم اذا كان الآمر للصبي صبيا لانهما لا يؤاخذان بأقوالهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لا لنقصان أهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية وفي شرح الزيادات للعتابي لا ترجع العاقلة على العبد أيضا أبدا لان هذا ضمان جناية وهو على

المولى

المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا أوفق للقواعد (وكذا) الحكم (ان أمر) عبد محجور (عبدا) محجوراً مثله فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر في الحال ويرجع بعد العتق بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وعلى قياس ماذكره العتابي لا يجب عليه شيء وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ وأما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من أهل العقوبة ولو أمر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبي لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لانه المسبب اذ لولا أمره بقتله لما قتله لضعف فيه (عبد قتل رجلين) قتلا (عمدا ولكل) واحد من المقتولين (وليان فعفا أحد وليي كل منهما) أي من المقتولين (دفع سيده) أي سيد العبد (نصفه) أي نصف العبد (الى الآخرين) وهما الوليان اللذان لم يعفوا (أو فداه) أي العبد (بالدية) الكاملة لانه بذلك العفو سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاصان وجب أن ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا أو دفع العبد غيران نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما (وان قتل) العبد (أحدهما) أي أحد الرجلين في المسئلة المذكورة حال كونه (عمدا) أي عامدا (و) قتل (الآخر) قتلا (خطأ فعفا أحد وليي العمد فدى) المولى (بالدية لوليي الخطا) وفدى (بنصفها) أي بنصف الدية (لاحد وليي العمد) وهو الذي لم يعف (أو دفعه) أي أو دفع المولى العبد (أثلاثا) أي من حيث الاثلاث ثلثيه لوليي الخطا وثلثه للساكت من وليي العمد بطريق العول لان حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطا بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة آلاف وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يدفعه ارباعا بطريق المنازعة ثلاثة ارباعه لوليي الخطا وربعه لغير العافي من وليي العمد لان نصفه سلم لوليي الخطا بلا منازعة واستوت منازعتهم في النصف الآخر فينصف (عبدهما) أي عبد رجلين (قتل قريبهما) أي قتل قريبا للرجلين كابيهما واخيهما (فعفا أحدهما) أي أحد الرجلين وهما الوليان (بطل الجميع) وفي نسخة بطل الكل ولا يستحق غير العافي منهما شيأ من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف رحمه الله يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر ان شاء وان شاء فداه بربع الدية لان حق القصاص لهما على الشيوع فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا غير أنه شائع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه فسقط ونصفه في نصيب صاحبه وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع أو يفديه بربع الدية وله ان القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطا وفيه لا يجب شيء فكذا ماهو في معناه

هذا (فصل) في بيان ما يجب بقتل العبد (قتل عبد) قتلا (خطأ يجب قيمته ونقص عشرة لو كانت قيمته) تساوي (عشرة آلاف أو أكثر منها (و) نقص (في الامة عشرة من خمسة آلاف) عندهما وقال أبو يوسف يجب قيمته بالغة ما بلغت لما روي عن عمر وابنه وعلى رضي الله عنهم انهم

أوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت وبه قالت الثلاثة ولهما ماروى عن ابن مسعود رضى الله عنه هكذا (وفى) العبد (المغصوب يجب قيمته) حال كونها (بالغة ما بلغت) بالاجماع لان الغصب يرد على المال فكان الواجب بمقابلة المال فيجب بالغا ما بلغ (وما) أى الذى (قدر من دية الحر قدر من قيمته) أى من قيمة العبد ثم أوضح ذلك بقوله (ففى يده) أى فالواجب فى يد العبد (نصف قيمته) لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر اذ هو بدل الدم فيكون فى يده نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد فى الآدمى نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لدناءة مرتبته وقيل يضمن فى الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شئ لان الاطراف يسلك فيها مسلك الاموال وهو قول مالك وأحمد فى رواية الا فى الآمة والجائفة والمنقلة والموضحة فيقدر فيها ما يقدر فى دية الحر وهذا أمر شنيع لانه اذا كانت قيمته مثلا مائة ألف فانه بقطع يده يجب خمسون ألفا وبقتله عشرة آلاف الا عشرة وفى لحيته روايتان فى رواية الاصل يجب حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجب كمال القيمة لان الجمال فى حقه مقصود أيضا (قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه) أى من قطع اليد يعنى من سرايته (وله) أى العبد المذكور (ورثة غيره) أى غير المولى (لا يقتص) القاطع لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه فسقط القصاص (والا) أى وان لم يمكن له غير المولى (اقتص منه) أى من القاطع عندهما وقال محمد لا يجب القصاص هنا أيضا الاختلاف سبب الولاية لان الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فتمكنت الشبهة فسقط القصاص ولهما التيقن بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه (قال) المولى لعبديه (أحدكما حر فشجا) أى العبدان شج كل منهما فى رأسه (فبين) المولى العتق (فى أحدهما بعد الشج (فارشهما) أى أرش العبدين أى أرش شجتهما (للمولى) لان العتق لم يكن نازلا فى المعين فالشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (فقأ) رجل (عينى عبد) فمولاه بالخيار أشار اليه بقوله (دفع سيده عبده) المفقوء الى الفاقئ (وأخذ) منه (قيمته) كاملة (أو أمسكه) أى العبد (ولا يأخذ النقصان) أى نقصان القيمة عند ابى حنيفة وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته وقال الشافعى يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقى الباقى على ملكه ولهما انه فى الجناية بمنزلة المال فاوجب ذلك تخيير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الاموال وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية أيضا غير مهدرة فيه وفى الاطراف ومن أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن أحكامها أن ينقسم على الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا بانه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية (جنى مدبر أو) جنت (أم ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) لما روى عن أبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنه انه قضى بجناية المدبر على المولى بحضر من الصحابة من غير نكير وكان يومئذ أميرا بالشام فكان اجماعا

ولان

ولان المولى صار مانعا بالتدبير تسليمه فى الجناية وكذا بالاستيلاد من غير أن يصير مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل منهما لانه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الارش ولا منع من المولى فى أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا يخير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيده فى جنس واحد لاختياره الاقل (فان دفع) المولى (القيمة) الى ولى الجناية (بقضاء) القاضى (فجنى) جناية (أخرى) بعد ذلك فلا شئ على المولى لان جناياته كلها لا توجب الاقيمة واحدة ولا تعدى منه بدفعها الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء واذا كان كذلك (شارك) المولى (الثانى) المولى (الاول) يعنى شارك ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى فيقتسمانها على قدر حقهما (ولو) دفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى (بغير قضاء) القاضى كان ولى الجناية الثانية بالخيار أشار اليه بقوله (اتبع) أى ولى الجناية الثانية (السيد) أى المولى بحصته من القيمة (أو) اتبع (ولى الجناية) الاولى عند أبى حنيفة وقالا لا شئ على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضى وله انه فى دفعه باختياره متعد فى حق الثانى لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع بخلاف القاضى لان له ولاية عليه فينفذ عليه فاذا لم ينفذ فالثانى بالخيار على ما ذكرنا فاذا أخذ منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثانى وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه وأم الولد كالمدبر فى جميع ما ذكرناه والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك) أى فيما ذكر من العبد والمدبر والصبى)

(قطع) رجل (يد عبده) أى عبد نفسه (فغصبه) أى العبد (رجل ومات) العبد (منه) أى من قطع اليد يعنى بالسراية (ضمن) الغاصب (قيمته) أى قيمة العبد حال كونه (أقطع) لان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته أقطع (وان قطع) المولى (يده) أى يد العبد المذكور (فى يد الغاصب فمات منه) أى من القطع (برئ) الغاصب من الضمان لان السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا (غصب) عبد (محجور) عليه عبدا محجورا عليه (مثله فمات فى يده ضمن) لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا منها فيضمن (مدبر جنى عند غاصبه) جناية فرده على مولاه (ثم) جنى (عنده) سيده جناية أخرى (ضمن) السيد (قيمته) أى قيمة المدبر (لهما) أى لولى الجنايتين فتكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذى عجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختارا للفداء وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب (و رجع) المولى (بنصف قيمته على الغاصب) لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا رد (ودفعه) أى دفع المولى نصف القيمة التى أخذها من الغاصب (الى الاول) أى الى ولى الجناية الاولى عندهما وقال محمد لا يدفعها اليه لئلا يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى عليه لا يزاحمه أحد فيستحق كله وانما انتقص باعتبار

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

مزاحمة الثانى فاذا وجد شيأ من بدل العبد فى يد المالك فارغا عن الحق أخذه ليتم حقه (ثم رجع) المولى (به) أى بالذى دفعه الى ولى الجناية الاولى (على الغاصب) عندهما لانه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كانه لم يرد ولم يضمن له شيأ اذ لم يبق شئ من العبد أو من بدله فى يده (وبعكسه) أى بعكس ماذكر من الحكم المذكور (لا يرجع) المولى على الغاصب (به) أى بالذى دفعه (ثانيا) صورته ان المدبر جنى عند مولاه أولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته لولى الجنايتين فتكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان فى يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى بالاجماع ثم لا يرجع به هو على الغاصب بالاجماع لان الذى دفعه الى ولى الجناية الاولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسئلة الاولى عندهما لان دفع المولى ثانيا الى ولى الجناية الاولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه به لماذكرنا (و) حكم (القن كالمدبر) أى كحكم المدبر فيماذكرناه ولا فرق بينهما (غيرأن المولى يدفع العبد هنا) أى فى حكم الغصب (و) يدفع (ثمة) أى هنالك أى فى حكم الجناية بدون الغصب (القيمة) حتى اذا غصب رجل عبدا قنا فجنى فى يده ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فان المولى يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع به على الغاصب بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ثم يرجع به على الغاصب عندهما وعند محمد لا يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولى الاولى بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانيا عنده على ماذكرنا فى المدبر فان جنى عند المولى أولا ثم غصبه فجنى فى يده ثم رده الى المولى دفعه الى ولى الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه الى ولى الاولى ولا يرجع به ثانيا على الغاصب لماذكرنا (مدبر جنى عند غاصبه فرد) أى الغاصب رد المدبر على المولى (فغصبه) أى الغاصب غصبه ثانى مرة (فجنى) المدبر عنده جناية أخرى قوله (على سيده) يتعلق بمحذوف تقديره ويجب على سيده (قيمته) أى قيمة المدبر (لهما) أى لولى الجنايتين بينهما نصفان لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بينا (ورجع) المولى (بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا فى يد الغاصب فاستحق كله بسبب كان فى يده فيرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فانه هنالك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان فى يد المالك فيرجع عليه بالنصف لذلك (ودفع) المولى (نصفها) أى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيا (الى الاول) أى الى ولى الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد (ورجع) المولى (بذلك النصف) الذى دفعه ثانيا الى ولى الجناية الاولى (على الغاصب) لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولى الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه (غصب) رجل (صبيا حرا فمات فى يده) موتا (فجاة) أى بغتة (أو) مات (بحمى لم يضمن) لانه غير مباشر ولا مسبب حتى انه لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا (وان مات) الصبى المذكور عند الغاصب (بصاعقة او نهش حية فديته على عاقلة الغاصب) لانه مسبب وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

وهو الولي فيضمن وذلك لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فأمكن حفظه عنه والقياس أن لا يضمن في الوجهين وبه قال زفر والشافعي لعدم تحقق الغصب في الحر (كصبي أودع) أي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي الذي أودع (عبدا فقتله) لان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم (وان أودع) الصبي (طعاما فأكله لم يضمن) عندهما وقال أبو يوسف يضمن لانه أتلف مالا معصوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه وبه قال الشافعي ولهما انه أتلف مالا غير معصوم لانه فوت العصمة على نفسه حيث وضعه في يد غير مانعة فلا يبقى معصوما كما اذا أتلفه باذنه ورضاه ثم محمد رحمه الله شرط في الجامع الصغير أن يكون الصبي عاقلا وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي عمره اثنتا عشرة سنة وذلك دليل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر وعلى هذا لو أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض في العبد والصبي وكذا الاعارة فيهما والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (القسامة)

وهي مصدر اقسم قسامة سمي بها هذا الباب لان مبناه على الايمان وهي مشروعة فيه بالاجماع (قتيل وجد في محلة لم يدر) أي لم يعلم (قاتله) قيد به لانه اذا علم قاتله لا قسامة (حلف خمسون رجلا منهم) أي من أهل تلك المحلة (يتخيرهم) أي الخمسين (الولي) أي ولي القتيل لان اليمين حقه والحصر في العدد واجب بالسنة وردت به الاخبار والباء في بقوله (بالله) متعلق بقوله حلف أي حلف خمسون رجلا بالله (ما قتلنا) هذا القتيل (ولا علمنا له قاتلا) هذا على سبيل الحكاية عن الجمع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز انه قتله وحده فيجتري على يمينه بالله ما قتلنا يعني جميعا ولا ينعكس لانه اذا قتله مع غيره كان قاتلا له وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ وهو قوله الصحيح وفي القديم اذا حلف أنهم قتلوه عمدا فله القصاص وبه قال مالك وأحمد وان نكل عن اليمين استحلف أهل المحلة فان حلفوا برئوا وان نكلوا حكم عليهم بالدية فالخلاف مع الشافعي في موضعين أحدهما أن المدعي لا يحلف عندنا خلافا له والثاني في براءة أهل المحلة باليمين واللوث ما يوقع في القلب صدق المدعي من أثر دم على ثوب واحد بعينه أو عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول ان أهل المحلة قتلوه وانما شرط اللوث لان مذهبه عند عدمه كمذهبنا لهم ما روي أن عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر فقال عمه يا رسول الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال أقسم تكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نقسم على مالم نره فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لو أعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر فسوى في ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيهما بحكم واحد وما رووه ضعفه جماعة من أهل الحديث

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

فلا يلزم حجة ولئن ثبت انما قال ذلك على سبيل الاستفهام انكارا عليهم لما لم يرضوا بايمانهم فكأنه قال لهم ان اليهود وان كانوا كفارا ليس عليهم فيما يدعون عليهم غير أيمانهم وكما لا يقبل منكم وان كنتم مسلمين ايمانكم فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعواكم عليهم غير أيمانهم والدليل على صحة هذا التأويل حكم عمر رضي الله عنه به بعد النبي عليه الصلاة والسلام بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير انكار أحد منهم فصار اجماعا (فاذا حلفوا) أي الخمسون من أهل المحلة (فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولي) وقال الشافعي يحلف بعد ما حلف أهل المحلة فاذا حلف الاولياء قضى لهم بالدية ولا تجب بمجرد يمين أهل المحلة والدليل من الجانبين ما مر وهذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ لان المدعى عليهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم القتل عمدا أو خطأ فكذلك الجواب واطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولي ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة مثله (وان لم يتم العدد) أي عدد خمسين نفرا (كرر الحلف عليهم) أي على من وجدوا أقل من الخمسين (ليتم خمسون) لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامه ما أمكن (ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد) لانهم ليسوا من أهل النصرة (ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به) من جرح ونحوه (أو يسيل دمه من أنفه أو فمه أو دبره) لان القسامة تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف انفه فلا بد من أثر يكون بالميت يستدل به على أنه قتيل وذلك بأن يكون به جراحة أو اثر ضرب أو خنق فاذا لم يكن به شئ من الاثر لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج الدم من فمه أو ذكره أو دبره لان هذه المخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدل به على أنه قتيل (بخلاف) ما اذا سال الدم من (عينيه وأذنيه) ولو وجد بدن القتيل كله أو أكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف كان معه الرأس أو لم يكن فلا شئ عليهم ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلقة وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا (قتيل) وجد (على دابة معها) أي مع الدابة (سائق أو قائد أو راكب فديته) أي دية القتيل (على عاقلته) أي على عاقلة السائق أو القائد أو الراكب دون أهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل في أيديهم دون أهل المحلة فصار كما اذا كان في دارهم ولا يشترط أن يكونوا مالكين لها بخلاف الدار وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار وعن أبي يوسف لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان الى مكان للدفن وأما اذا كان على وجه الخفية فالظاهر أنه هو الذي قتله وان لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة (مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى) أي فالدية على (أقربهما) أي أقرب القريتين

لانه

لانه عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين القريتين فأمر أن يذرع (وان وجد) القتيل (فى دار انسان فعليه) أى فعلى صاحب الدار (القسامة) لان الدار فى يده (والدية على عاقلته) لان النصرة والقوة بهم وعند مالك لا قسامة ولا دية (وهى) أى القسامة (على أهل الخطة) وهم الذى خطلهم الامام وقسم الاراضى بخطه ليميز انصباءهم (دون السكان) بضم السين جمع ساكن مثل المستأجرين والمستعيرين ونحوهما (والمشترين) عندهما وقال أبو يوسف الكل مشتركون لوجود القتيل بينهم والكل فى حفظ المحلة سواء وبه قالت الثلاثة ولهما أنهم اتباع لهم حتى لولم يكن الا واحد من أصحاب الخطة كرر عليه خمسون يمينا (فان لم يبق واحد منهم) أى من أهل الخطة (فعلى المشترين) بالاجماع لان الولاية انتقلت اليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما وعند أبى يوسف خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم ثم اذا وجد فى دار انسان تدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حاضرين عندهما وعند أبى يوسف لا تدخل لان رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم فصاروا كما اذا كانوا غائبين ولهما أنهم بالحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة (وان وجد) القتيل (فى دار مشتركة) بين جماعة انصباؤهم (على التفاوت) بأن كانت بين ثلاثة أنفس مثلا لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس (فهى) أى الدية مع القسامة (على عدد (الرؤس) ولا معتبر بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء (وان بيع) أى الدار ذكرها باعتبار المذكور (ولم يقبض) أى ولم يقبضها المشترى حتى وجد فيها القتيل (فعلى) أى فالضمان على (عاقلة البائع وفى الخيار) أى وفى البيع بالخيار لاحدهما (على ذى اليد) أى فعلى عاقلة الذى فى يده عند أبى حنيفة لان القدرة على الحفظ باليد وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذى يصير له كما فى صدقة الفطر (ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود انها) أى ان الدار التى وجد فيها قتيل (لذى اليد) أى لصاحب اليد لان اليد وان كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الضمان على العاقلة كما لا يكفى لاستحقاق الشفعة فى الدار المشفوعة ولا فرق فى ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار أو غيره عند أبى حنيفة على ما يأتى ان شاء الله (و) اذا وجد القتيل (فى الفلك) فالقسامة (على من فيها) أى فى الفلك (من الركاب) بضم الراء جمع راكب (والملاحين) جمع ملاح وهو النوتى لانه فى أيديهم فيستوى المالك وغيره فيه (و) اذا وجد (فى مسجد محلة) فالقسامة (على أهلها) أى على أهل محلة المسجد لان التدبير اليهم (و) اذا وجد (فى الجامع والشارع) وهو الطريق العام (لا قسامة ولا دية) لانه لا يختص بهما احد منهم (والدية) يعنى دية القتيل تكون (فى بيت المال) لانه مال للعامة وكذلك الجسور العامة والسوق العامة التى فى الشوارع وكذا لو وجد فى مسجد جماعة يكون فى السوق التى هى للعامة بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها أو التى فى المحال والمساجد التى فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة أو على الملاك على الاختلاف وفى المنتقى اذا وجد قتيل فى صف من السوق فان كان أهل ذلك الصف يبيتون فى حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد فى سجن فديته على بيت المال عندهما وعند أبى يوسف على أهله

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

(ويهدر) دم القتيل (لو) وجد (فى البرية أو) وجد فى (وسط الفرات) لان الفرات ليس فى يد أحد ولا فى ملكه اذا كان يمر به الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه وكذا البرية لا يد لاحد فيها حتى لو كانت مملوكة لاحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت يجب على المالك وعلى أهل القرية (ولو) كان القتيل (محتبسا بالشاطئ) أى شاطئ النهر (فهو) أى فالضمان (على أقرب القرى) من ذلك الموضع لان الشط فى أيديهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم (بدعوى الولى) أى ولى القتيل (على واحد من غير أهل المحلة) التى وجد فيها القتيل (تسقط القسامة عنهم) أى عن اهل المحلة الذى وجد فيها لان اليمين انما يلزم بالدعوى وكذلك الدية ولم يدع عليهم (و) دعواه (على) رجل (معين منهم) أى من أهل المحلة (لا) تسقط القسامة عنهم وهذا قياس وروى عن أبى حنيفة ومحمد أيضا أنها تسقط (وان التقى قوم بالسيوف فأجلوا) أى انكشفوا (عن قتيل فعلى) أى فالقسامة على (أهل المحلة) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم (الا أن يدعى الولى على أولئك) القوم الذين التقوا بالسيوف (أو على) رجل (معين منهم) أى من القوم الذين التقوا بالسيوف فيبرأ أهل المحلة حينئذ ولا يثبت على المدعى عليه الا بحجة (وان قال المستحلف) بفتح اللام وهو الذى يطلب منه الحلف (قتله) أى قتل القتيل (زيد) استثناه فى يمينه أشار اليه بقوله (حلف) أى المستحلف (بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا غير زيد) لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين وبقى حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا يقبل عليه قول المستحلف أنه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه (وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم) أى غير أهل المحلة (أو) شهادة بعضهم (على واحد منهم) أى من أهل المحلة عند أبى حنيفة لانهم تعينوا للخصومة لوجود القتيل بينهم وفيه تهمة وقالا تقبل اذا شهدوا على رجل من غيرهم لان الولى لما ادعى على غيرهم انتفت التهمة عنهم وبه قالت الثلاثة والله أعلم

﴿هذا (كتاب) فى بيان احكام (المعاقل)﴾

على وزن المفاعل بالفتح (هى) أى المعاقل (جمع معقلة) بفتح الميم وسكون العين وضم القاف كمكرمة قال الشارح جمع معقلة بالضم قلت هذا لبس لان بقوله بالضم يتبادر الذهن الى ضم الميم وليس كذلك بل الضم للقاف والميم مفتوحة كما ذكرنا (وهى) أى المعقلة (الدية) يعنى اسم للدية سميت بذلك لانها تعقل الدماء من أن تسفك أى تمسكها من عقلت البعير عقلا اذا حبسته بالعقال ومنه العقل لانه يمنع صاحبه عن القبائح (وكل دية وجبت بنفس القتل) أى بسبب القتل لذاته لا لامر آخر احترز به عما وجب بالصلح وبالاعتراف ومع سقوط القتل بشبهة كالاب فى قتل ولده وما يجب بنفس القتل كشبه العمد والخطا يجب (على العاقلة) أى على الجماعة الذين يعقلون العقل أى الدية لقوله عليه الصلاة والسلام فى الجنين قوموا فدوه وقضى عمر رضى الله عنه بالدية فى الخطا على العاقلة بحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير خلاف (وهى) أى العاقلة (أهل الديوان) وهم أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان وهذا عندنا وعند الشافعى على أهل العشيرة وهم العصبات لانهم كانوا العاقلة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فتبقى كذلك بعده لامتناع النسخ بعده وبه قال مالك وأحمد

ولنا ماروينا من قضاء عمر رضى الله عنه على أهل الديوان من غير نكير فانعقد اجماعا (ان كان القاتل منهم) أى من أهل الديوان وان لم يكن منهم بل من قوم تناصرهم بالحرف فعاقلته أهل حرفته لان أهل النصرة كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعد من قبيلة وفى عهد عمر رضى الله عنه كانت بالديوان فجعلها على أهله فاليوم ان كان هو من أهل الديوان والا فعلى أهل حرفته وان لم يكن فعلى أهل حانه (تؤخذ) الدية (منهم) أى من أهل الديوان (من عطاياهم) بدل من قوله منهم أى تؤخذ من عطاياهم (فى ثلاث سنين) كذا روى عن النبى عليه السلام وحكى عن عمر رضى الله عنه (فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل منها) أى من ثلاث سنين (أخذ منها) أى من العطايا لانه انما وجبت فيها تخفيفا فاذا حصل فى أى وقت حصل المقصود فيؤخذ منه وان تأخر خروج العطايا لم يطالبوا بشئ قال الشارح هذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء ولو خرج عطايا ثلاث سنين مستقبلة فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لانها بعد الوجوب واذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب فى سنة واذا كان أكثر منه يجب فى سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان أكثر منه الى تمام الدية يجب فى ثلاث سنين لان جميع الدية فى ثلاث سنين فيكون كل ثلث فى سنة ضرورة والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب فى ثلاث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا وانقلب القصاص بالشبهة مالا وقال الشافعى ما وجب على القاتل فى ماله يكون حالا وقد مر بيانه مستوفى (ومن لم يكن ديوانيا) بأن لم يكن له اسم فى الديوان (فعاقلته قبيلته) وهى عصبته النسبية والقبيلة بنو أب واحد (يقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يؤخذ من كل واحد منهم فى كل سنة الا درهم أو درهم وثلث فلم يزد ما على كل واحد) منهم (من كل الدية فى ثلاث سنين على أربعة) دراهم وينقص منها وذلك لاجل التخفيف فيؤخذ منه فى كل سنة درهم وثلث وهو الاصح نص عليه محمد وعند الشافعى وأحمد فى رواية على الغنى نصف دينار وعلى المتوسط ربعه فيقسم على قومه بحسب ذلك وفى قول من الشافعى يحتار الحاكم منهم من شاء وعند مالك وأحمد فى رواية أخرى لا تقدير فيحمل بحسب الطاقة (وان لم تتسع القبيلة لذلك) أى لتقسيط الدية على كل واحد فى أربعة أو ثلاثة (ضم اليهم) أى الى القبيلة (أقرب القبائل نسبا) أى من جهة النسب (على ترتيب العصبات) ليتحقق معنى التخفيف وترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم وأما آباء القاتل وأبناؤه فقد قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون قالوا هذا فى حق العرب لانهم حفظوا أنسابهم فأمكن ايجابه على أقرب القبائل وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك فى حقهم فاذا لم يمكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم تعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقى فى مال الجانى (والقاتل كأحدهم) أى كواحد من العاقلة لانه هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره به وقال الشافعى لا يجب على القاتل شئ من الدية لانه معذور ولنا ماذكرنا (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (قبيلة مولاه) لان نصرته بهم (ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته) أى قبيلة مولاه الذى عاقده لان العرب تتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وقال الشافعى لا يجب عليهم شئ وقد مر فى الولاء (ولا تعقل عاقلة جناية العبد والعمد ولا ما لزم بالصلح

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

ولا) مالزم (اعترافا) أي من حيث الاعتراف لورود الحديث به وقد ذكرناه فيما مضى وفي بعض النسخ ولا مالزم صلحا أو اعترافا وكلاهما منصوبان على التمييز (الا أن يصدقوه) أي الا أن يصدق العاقلة المقر المعترف في اقراره لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوم البينة لان ما ثبت بالبينة كالمشاهد وتقبل البينة هنا مع الاقرار وان كانت لا تعتبر معه ثم ما يثبت بالاقرار يجب مؤجلا وما يثبت بالصلح حال الا اذا شرط التأجيل في الصلح وقد عرف في موضعه (وان جنى حر على عبد) جناية (خطأ) بأن قتله لان العاقلة لا تحمل أطراف العبد (فهي) أي الدية (على عاقلته) لانه آدمي فتحمله العاقلة كالحر وقال الشافعي لا تحمل النفس كما لا تحمل الاطراف وفي الحديث لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا قلنا المراد بالحديث جنايته أي لا يعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد ونحن نقول به لان جنايته توجب دفعه الا أن يفديه المولى والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الوصايا)

انما أخر هذا الكتاب عن سائر الكتب المذكورة لان آخر الانسان الموت فكذلك الوصية تكون آخر الامر وهي جمع وصية من أوصى يوصي ايصاء ووصية ووصى يوصي توصية ووصاية بفتح الواو وقصر الألف بمعنى الوصية وبكسرها مصدر أيضا ويقال أوصى الى فلان بكذا أي جعله وصيا وذلك موصى اليه وأوصى لفلان بكذا أي جعل له من ماله وذلك موصى له وفي الشرع (الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت) يعني بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة (وهي) أي الوصية (مستحبة) لانها اثبات حق في ماله فلم تكن واجبة كالهبة والعارية ومنهم من قال بوجوبها وليس بصحيح ومنهم من قال بوجوبها للوالدين والاقربين بآية البقرة وليس استدلالا صحيحا لانها منسوخة بآية النساء وانما تكون مستحبة اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى وان كان عليه حق مستحق لله تعالى كالزكاة والصيام أو الحج أو الصلاة فهي واجبة (ولا تصح) الوصية (بما زاد على الثلث) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث صحيح طويل الثلث والثلث كثير (ولا) تصح أيضا (لقاتله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل هو باطلاقه يتناول القاتل مباشرة عمدا كان أو خطأ بخلاف السبب لان السبب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله (ووارثه) أي ولا تصح لوارثه أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الموت لا وقت الوصية حتى لو أوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه لو أوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية للاخ والهبة والصدقة من المريض لوارثه في هذا نظير الوصية واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا وغير وارث عند الاقرار حتى لو أقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا له بعد ذلك ولكن شرطه أن يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار حتى لو أقر لابنه وهو عبد ثم أعتق قبل موت الاب جاز اقراره لان ارثه بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية وكذا لو أقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره لها وأما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لا يصح كما لو أقر لاخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه وقوله (ان لم تجز الورثة) راجع الى الثلاثة المذكورة وهي الوصية بما زاد على

الثلث

الثلث وللقاتل وللوارث لان الامتناع فى الكل لحقهم فيجوز باجازتهم وقال أبو يوسف لاتجوز الوصية للقاتل باجازة الورثة ويشترط أن يكون المجيز من أهل التبرع بأن يكون بالغا عاقلا وان أجاز البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه لاعلى غيره ولا معتبر باجازتهم فى حال حياة الموصى فلهم أن يرجعوا بعد موت الموصى ويردوا تلك الاجازة لانها وقعت ساقطة بخلاف ما اذا أجازوها بعد موته حيث لايكون لهم أن يرجعوا عنه لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم ثم اذا صحت الاجازة بعد موته يتملكه المجازله من قبل الموصى عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم ولو أعتق عبدا فى مرضه ولا مال له غيره وأجاز الورثة العتق كان الولاء كله للميت ولو كان الوارث متزوجا بجارية المورث ولا مال له غيرها فأوصى بها لغيره فأجاز الوارث وهو الزوج الوصية لايبطل نكاحه وقال الشافعى يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلثا الولاء فى مسئلة العتق ويفسد النكاح لان الميت لا حق له الا فى الثلث (ويوصى المسلم للذمى) أى للكافر من أهل الكتاب الذى فى دارنا بغير اجازة الورثة (وبالعكس) وهو وصية الذمى للمسلم وهذان بالاجماع ولا تصح للحربى عندنا خلافا للثلاثة (وقبولها) أى قبول الوصية (بعد موته) أى بعد موت الموصى لان أوان ثبوت حكمها بعده فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله وقال زفر اذا رد الوصية فى حال حياة الموصى لم يجز قبوله بعد موته لان ايجابه كان فى حياته وقد رده فبطل ولنا ما قلنا (وبطل ردها) أى رد الوصية (وقبولها فى حياته) أى فى حياة الموصى لما ذكرنا وكان ينبغى أن يقال فبطل ردها بالفاء فافهم (وندب) أى استحب (النقص من الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان فى التنقيص صلة القريب وقوله عليه الصلاة والسلام أن تدع ورثتك أغنيا خير لك الحديث (وملك الموصى له (بقبوله) الوصية وقال زفر والشافعى يملك بدون القبول لانها خلافة فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ولنا أنه تمليك بعقد فيتوقف على القبول كالتمليك بالهبة والتحقيق فى هذا المقام أن قبول الموصى له بالوصية ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط افادة الملك للموصى له حيث لا يثبت الملك بالوصية قبل القبول لانها تشبه الارث من وجه من حيث انها تملك بالموت وتشبه الهبة من وجه من حيث انها تملك بتمليك الغير ولهذا تبطل الوصية بالخمر وان كان الخمر يورث فاعتبرناها بالهبة فى حق القبول ما دام المقبول موهوبا من الموصى له فقلنا بأنها لاتملك قبل القبول واعتبرنا بالارث بعد القبول فقلنا ان الموصى له يملكها بعد القبول من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان (الا أن يموت) استثناء من قوله وملك بقبوله أى الا أن يموت (الموصى له بعد موت الموصى قبل قبوله) الوصية (فانه) أى فان الموصى له (يملكه) أى يملك الموصى به (بدون القبول) أراد أنه يدخل فى ملك ورثة الموصى له استحسانا كالبيع الذى شرط فيه الخيار للمشترى وان كان القياس بطلانها لعدم القبول (ولا تصح وصية المديون ان كان دينه محيطا) بماله لان الدين مقدم عليها لانه أهم لكونه فرضا (و) لا تصح أيضا وصية (الصبى) وقال الشافعى تصح وصيته اذا كانت فى وجوه البر لانه نافع فى حقه وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه تبرع وهو ليس من أهله وما ترك على ورثته يحصل له الثواب وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز تلك الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا أدركت فثلث مالى لفلان

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

وصية (و) كذا لا تصح وصية (المكاتب) لانه تبرع وهو ليس من أهلها فوصيته على ثلاثة أقسام أحدها باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من أعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة والثانى يجوز بالاجماع وهو ما اذا أضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بأن قال اذا عتقت فثلث مالى وصية لفلان أو أوصيت بثلث مالى له حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة أو غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات ولو مات عن وفاء بطلت الوصية والثالث مختلف فيه وهو ما اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند أبى حنيفة خلافا لهما (وتصح الوصية للحمل) لانها استخلاف من وجه والجنين يصلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية (وبه) أى وبالحمل أى ويصح به أيضا لانه يجرى فيه الارث فتجرى فيه الوصية وشرط فى الهداية أن يولد لاقل من ستة أشهر أشار الشيخ اليه بقوله (ان ولدت) أى المرأة ذلك الحمل (لاقل مدته) أى لاقل مدة الحمل وهى ستة أشهر (من وقت الوصية) وقال فى النهاية من وقت موت الموصى لا من وقت الوصية من غير تفصيل وفى الكافى ذكر ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت (ولا تصح الهبة له) أى للحمل لان الهبة من شرطها القبول ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلى عليه أحد حتى يقبض عنه فصار كالبيع (وان أوصى بأمة الا حملها صحت الوصية والاستثناء) لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا فاذا أفرد الام بالوصية صح افراده (وله) أى للموصى (الرجوع) عن الوصية (قولا) أى من حيث القول وهو ظاهر (وفعلا) أى من حيث الفعل (بأن باع) الموصى به (أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة) لانها تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنها مطلقا كما فى الهبة قبل القبض (والجحود) أى الانكار بأن قال له رجل هل أوصيت فأنكر (لا يكون رجوعا) عند محمد لان الجحود نفى الاصل فلا يجامعه الرجوع اذ الرجوع يستلزم الاثبات وبه يفتى فلذلك اختاره الشيخ وعند أبى يوسف هو رجوع لان الجحود نفى فى الماضى والحال فأولى أن يكون رجوعا وبه قالت الثلاثة وفى العيون الفتوى على قول أبى يوسف ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى حرام أو ربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعى بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهى باطلة لانه الذاهب المتلاشى ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الوصية بثلث المال)

(أوصى) رجل (له) أى لفلان مثلا (بثلث ماله و) أوصى (لآخر) بثلث ماله (ولم تجز الورثة) الوصيتين (فثلثه) أى فثلث مال الموصى (لهما) أى للموصى لهما المذكورين لان الثلث يضيق عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق (وان أوصى لآخر بسدس ماله) يعنى بعد أن أوصى لزيد مثلا بثلث ماله (فالثلث) أى فثلث ماله (بينهما) أى بين الاثنين (أثلاثا) أى من حيث الاثلاث فيقسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس سهما لانه الاقل فصارت ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان (وان أوصى لاحدهما) أى لاحد الاثنين (بجميع

ماله

ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز) الورثة ذلك (فثلثه) أي فثلث ماله (بينهما) أي بين الاثنين (نصفان) عند أبي حنيفة (ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث) عنده (الا في) ثلاث مسائل احداها (المحاباة و) الثانية (السعاية و) الثالثة (الدراهم المرسلة) أي المطلقة وعندهما الثلث بينهما أرباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الوصية أخت الميراث والوارث يضرب بكل حقه في التركة فكذا هذا وبه قالت الثلاثة وله أن الموصى له يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلث الا باجازة الورثة ولم يوجد بخلاف الدراهم المرسلة وأختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا صورة المحاباة أن يكون له عبدان قيمة احدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع واحد منهما بمائة درهم لفلان والآخر بمائة لفلان آخر فقد حصلت المحاباة لاحدهما بألف درهم ولآخر بخمسمائة فان خرج ذلك من ثلث ماله أو أجازت الورثة جاز ذلك وان لم يكن له مال غيرهما ولم تجز الورثة جاز محاباتهما بقدر الثلث فيكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا وجب أن لا يضرب الموصى له بالالف على قياس قوله بأكثر من خمسمائة وستة وستين وثلثي درهم لان عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث وهذا ثلث ماله صورة السعاية أن يوصي بعتق هذين العبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما فان أجازت الورثة يعتقان معا وان لم تجز الورثة يعتقان من الثلث وثلث ماله ألف الثلث للذي قيمته ألف فيعتق منه هذا القدر مجانا وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ويسعى في الباقي وهو الثلثان ستمائة وستة وستون وثلثا درهم والثلثان للذي قيمته ألفان فيعتق منه هذا القدر بلا سعاية وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم ويسعى في الباقي وهو ألف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فلو كان كسائر الوصايا وجب أن يسعى الذي قيمته ألف في خمسمائة نصف قيمته والذي قيمته ألفان في ألف وخمسمائة ثلاثة أرباع قيمته لانه حينئذ لا يضرب الذي قيمته ألفان الا بالف فوجب أن يكون بينهما نصفان صورة الدراهم المرسلة أن يوصي لاحدهما بألف ولآخر بألفين وثلث ماله ألف ولم تجز الورثة يكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب كل واحد منهما بقدر حقه فللموصى له بالالف ثلثه ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم وللموصى له بالفين ضعفه ستمائة وستة وستون وثلثا درهم وكان قياس اصل أبي حنيفة أن يكون الالف بينهما نصفين (و) لو أوصى لزيد مثلا (بنصيب ابنه بطل) الايصاء (و) لو أوصى (بمثل نصيب ابنه صح) الايصاء وقال زفر كلاهما صحيح لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا أوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشيء غيره (فان كان له) أي للموصي (ابنان فله) أي فللموصى له (الثلث) والقياس أن يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه أوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد أن يجعل له مثل ابنه لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بأن يجعل الموصى له كاحدهم (و) لو أوصى لزيد مثلا (بسهم) من ماله

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

(أوجزء من ماله فالبيان) أى فبيان ذلك (الى الورثة) فيقال لهم أعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لاتمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى فكان اليهم بيانه وسوّى الشيخ ههنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروى عن أبى حنيفة ان السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه وفى المجمع ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس السهام يعنى عند أبى حنيفة ولا يزاد على السدس لان مخرج السدس أعدل المخارج فلا يتجاوز عنه كما فى الاقرار وقالا له أخس سهام الوصايا الا ان يزيد على الثلث فيكون له الثلث لان محل الوصية الثلث وبه قال أحمد فى رواية وعند الشافعى له ماشاءت الورثة وعن بعض المالكية له الثمن والحظ والنصيب والشئ كالجزء (قال) الموصى (سدس مالى لفلان ثم قال) الموصى أيضا (له ثلث مالى له) أى للموصى له (ثلث ماله) لان الثلث متضمن للسدس فيدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث (وان قال سدس مالى لفلان ثم قال) الموصى أيضا (له سدس مالى له) أى للموصى له (السدس) يعنى سدس واحد سواء قال ذلك فى مجلس واحد أو فى مجلسين لان المعرّف اذا أعيد معرفا كان الثانى عين الاوّل (وان أوصى بثلث دراهمه أو) أوصى بثلث (غنمه فهلك ثلثاه) أى ثلثا الدراهم أو ثلثا الغنم وتذكير الضمير باعتبار المال (له) أى للموصى له (مابقى) من الدراهم أو الغنم وقال زفر له ثلث مابقى من ذلك النوع لان التركة مشتركة بين حقين فما هلك هلك عليهما وبه قال مالك ولنا ان الوصية تعلقت بثلث هذه فاذا هلك الثلثان تعين الثلث لذلك (ولو) كان الباقى بعد هلاك الثلثين (رقيقا أو ثيابا أو دورا) بأن كان أوصى بثلث رقيقه أو ثيابه أو دوره فهلك ثلثا ذلك وبقى الثلث (له) أى للموصى له (ثلث مابقى) كما قال زفر فى المسئلة السابقة لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاوّل على ما بينا قالوا هذا اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة وان كانت من جنس واحد فهى بمنزلة الدراهم وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم وقيل هذا قول أبى حنيفة فى الرقيق والدور وقيل هو قول الكل (و) لو أوصى (بألف) درهم (وله عين ودين فان خرج) الالف (من ثلث العين دفع اليه) أى الى الموصى له لامكان ايفاء حقه (والا) أى وان لم يخرج الالف من ثلث العين (فثلث العين) أى فيدفع اليه ثلث العين (وكل ما خرج) شئ بعد ذلك (من الدين فله) أى فللموصى له (ثلثه حتى يستوفى) حقه وهو (الالف) لان الموصى له شريك الوارث فى الحقيقة (و) اذا أوصى (بثلثه لزيد وعمرو وهو) أى عمرو (ميت لزيد كله) أى كل الثلث لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو أهل لها كما اذا أوصى لزيد وجدار وعن أبى يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لانه حينئذ يكون لغوا (ولو قال) ثلث مالى (بين زيد وعمرو) والحال ان عمرا ميت كان (لزيد نصفه) أى نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف (و) لو أوصى (بثلثه له) أى لشخص (و) الحال انه (لا مال له) وقت الوصية كان له أى للموصى له (له ثلث ماملكه عند موته) لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية أو قبلها بعد أن لم يكن الموصى به عينا أو نوعا معينا وأما اذا أوصى بعين أو بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته تبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما آخر أو

عينا

عيناً أخرى بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها
ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح (و) لو أوصى (بثلثه لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء
والمساكين) يعني سوى بين هؤلاء في الثلث (لهن) أي لامهات الاولاد (ثلاثة) أسهم من خمسة
أسهم (وسهم للفقراء وسهم للمساكين) عندهما وعند محمد يقسم اسباعا لان المذكور بلفظ
الجمع أدناه في الميراث اثنان وأمهات الاولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم اسباعا ولهما
ان اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لانه
يراد بهما الجنس اذا لم يكن معهودا ولا يحتمل ما بينهما فيتعين الادنى لتعذر ارادة الكل ولهذا
لو حلف لا يشتري العبيد يحنث بالواحد فيتناول من كل فريق واحدا وأمهات الاولاد ثلاث
فبلغ السهام خمسة (و) لو أوصى (بثلثه لزيد وللمساكين) كان (لزيد نصفه ولهم) أي وللمساكين
(نصفه) عندهما وعند محمد ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين والوجه ما ذكرنا ولو أوصى للمساكين
كان له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد لا يصرفه الى أقل من اثنين بناء على ما ذكرنا
(و) لو أوصى (بمائة) درهم (لرجل و) أوصى (بمائة) درهم (لآخر) أي لرجل آخر (فقال)
أي الموصى (لآخر) أي لشخص آخر غير الاثنين المذكورين (أشركتك معهما) أي مع
الاثنين اللذين أوصى لكل منهما بمائة (له) أي للموصى له الثالث (ثلث كل مائة) من مائة
الموصى له الاول ومائة الموصى له الثاني لان الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباتها بين الكل
لاستواء المالين فيأخذ كل واحد منهم ثلث المائة (و) لو أوصى (بأربعمائة) درهم (له) أي
لشخص (و) أوصى (بمائتين لآخر) أي لشخص آخر (فقال) أي الموصى (لآخر) أي لشخص
آخر ثالث (أشركتك معهما) أي مع الاثنين المذكورين كان (له) أي للموصى له الثالث
(نصف مال كل) واحد (منهما) أي من الموصى له الاول والموصى له الثاني لعدم امكان المساواة
لتفاوت المالين فحمل على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل
واحد من المالين (وان قال) رجل (لورثته لفلان على دين فصدقوه) أي فصدقوا الفلان فيما
قال (فانه) أي فان فلانا المذكور (يصدق الى الثلث) لانه لا يمكن تنفيذ قصده الا بطريق
الوصية فكأنه قال لورثته اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فأعطوه من مالي شيأ فهذا معتبر فكذا
هذا فيصدق الى الثلث ولو ادعى أكثر من ذلك لا يصدق لان قول المورث فصدقوه مخالف
للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر جعله اقرارا مطلقا فيصير نظير من يقول كل من
ادعى على شيأ فأعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع فجعل وصية على ما ذكرنا (فان أوصى)
الرجل المذكور (بوصايا) مع قوله لفلان على دين فصدقوه (عزل الثلث) أي ثلث ماله
(لاصحاب الوصايا و) عزل (الثلثان للورثة وقيل لكل) واحد من الفريقين (صدقوه) اي
فلانا (فيما شئتم) لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق
بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيأخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثي
ما أقروا تنفيذا للاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان
ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره (وما بقي من الثلث فللوصايا)
أي فلاصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين (و) لو أوصى رجل (لاجنبي ووارثه له) اي

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

للاجنبي (نصف الوصية وبطل وصيته للوارث) لانه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل فيما لا يملك بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من أهلها ولهذا يصح باجازة الورثة فافترقا قال التمرتاشي هذا اذا تصادقا أما اذا أنكر الاجنبي شركة الوارث أو انكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند محمد لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فتبطل في حقه وتثبت في حق نصيب الآخر وعندهما تبطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وانما أوجبه مشتركا بينهما فيبطل (و) اذا أوصى (بثياب) ثلاثة (متفاوتة جيد ووسط وردىء) (لثلاثة) أنفس لكل واحد منهم بثوب (فضاع ثوب) منها (ولم يدر) أي ولم يعلم (أي) ثوب هو (والوارث) يجحد ذلك بأن (يقول لكل) واحد منهم (هلك حقك) أو حق أحدكم ولا أدري من هو فلا أدفع اليكم شيأ (بطلت) الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فتبطل كما اذا أوصى لاحد الرجلين (الا أن يسلموا) أي الورثة (ما بقي) من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة في الاصل وانما بطلت لجهالة طارئة مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة على ما كانت فيقسم بينهم (فلذي الجيد) أي فيعطى لصاحب الثوب الجيد (ثلثاه) أي ثلثا الثوب الجيد (و) يعطى (لذي الردىء) أي لصاحب الثوب الردىء (ثلثاه) أي ثلثا الثوب الردىء (و) يعطى (لذي الوسط) أي لصاحب الثوب الوسط (ثلث كل) واحد منهما فنصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان الاثنين اذا قسما على ثلاثة أصاب كل واحد منهم الثلثان وانما قسم هكذا طلبا للتسوية في ايصال الحق الى كل واحد فصاحب الجيد لا حق له في الردىء بيقين وصاحب الردىء لا حق له في الجيد بيقين وصاحب الوسط يحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان الهالك أجود ويحتمل أن يكون في الردىء بأن كان الهالك أردأ أو يحتمل أن لا يكون له حق فيهما بأن كان الهالك هو الوسط فيعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل أن يكون هو له على ما ذكرنا (و) اذا أوصى أحد الاثنين (ببيت عين) أي معين (من دار مشتركة) بينهما الرجل (وقسم) الدار (ووقع) البيت (في حظه) أي في نصيبه أي في نصيب الموصى (فهو) أي البيت (للموصى له والا) أي وان لم يقع في نصيبه بأن كان وقع في نصيب الآخر فللموصى له (مثل زرعه) أي زرع البيت عندهما وقال محمد له نصف البيت ان وقع في نصيب الموصى وان وقع في نصيب الآخر كان له مثل زرع نصف البيت لانه أوصى بملكه وملك غيره فينفذ في ملكه ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه ثم اذا أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لانه عين ما أوصى به وان وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت ولهما انه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة فيتعين اذا وقع في نصيبه والا فبدله مثل زرعه ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار الا نصف البيت الذي صار له وهو خمسة وأربعون ذراعا ونصيب الميت من الدار خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة أسهم وعندهما يقسم على خمسة

أسهم

أسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصيبه كله الا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعا فيجعل كل عشرة أذرع سهما فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم (والاقرار) ببيت معين من دار مشتركة (مثلها) أى مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت فى نصيب المقر عندهما وان وقع فى نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف وقيل محمد معهما فى الاقرار (و) لو أوصى رجل (بألف) درهم (عين) أى بعينها (من مال) شخص (آخر فأجاز رب المال) هذه الوصية (بعد موت الموصى ودفعه اليه) أى الى الموصى له (صح) الايصاء لانه نفذه (وله) أى لصاحب المال (المنع بعد الاجازة) لانه تبرع بمال الغير فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات (وصح اقرار أحد الابنين بعد القسمة) أى بعد ان اقتسما تركة أبيهما وهو ألف درهم مثلا (بوصية أبيه) لفلان مثلا بثلث ماله وقوله (فى ثلث نصيبه) يتعلق بقوله صح أى صح اقراره فى ثلث نصيبه يعنى يعطيه ثلث نصيبه لانه أقر بثلث شائع فى جميع التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا له بثلث ما فى يده وبثلث ما فى يد أخيه فيقبل اقراره فى حق نفسه دون حق أخيه فيعطيه ثلث ما فى يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما فى يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له يتضمن اقراره له بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف (و) اذا أوصى لرجل (بأمة فولدت بعد موته) أى موت الموصى ولدا (و) كلاهما (خرجا من ثلثه فهما) أى الجارية والولد (له) أى للموصى له لان الام دخلت فى الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها (والا) أى وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث ثم (أخذ منها) أى من الامة ما يخصه فان فضل شئ أخذه من الولد وهو معنى قوله (ثم) أخذ (منه) أى من الولد وهذا عند أبى حنيفة وقالا يأخذ ما يخصه منهما جميعا لان الولد دخل فى الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال وله ان الام أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقص الوصية فى بعض الاصل وذلك لا يجوز هذا اذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان ولدته بعدهما فهو للموصى له لانه نماء ملكه خالصا وان ولدته بعد القبول وقبل القسمة ذكر القدورى انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول وان ولدته قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية فيكون لورثته كيفما كان والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا (و) لو أوصى (لابنه الكافر أو) أوصى لابنه (الرقيق فى مرضه فأسلم) الابن (أو عتق) قبل موت الاب ثم مات فى ذلك المرض (بطل) ايصاؤه له لان المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا يجوز له (كهبته) أى كبطلان هبته لابنه الكافر أو الرقيق ثم أسلم الابن قبل موت الاب ثم مات من ذلك المرض لانه هبة للوارث فلا تصح (و) كبطلان (اقراره) فى مرض موته لابنه الكافر أو الرقيق بشئ ثم أسلم أو عتق قبل موت الاب لانه اقرار للوارث فلا يصح اما اذا كان الابن كافرا فلا اشكال فيه وأما اذا كان رقيقا فان كان عليه دين لا يصح الاقرار له لانه وارث عند الموت وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى اذ العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك فى الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبى فيجوز بخلاف الوصية وفى عامة الروايات هى

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

كالوصية فى المرض والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة تصح له وهو وارث عند الموت فلا يجوز كالوصية (والمقعد) بضم الميم وفتح العين وهو المكسح (والمفلوج والاشل والمسلول) وهو الذى به انطلاق البطن المستمر (ان تطاول ذلك) أى المرض الذى كل واحد من هؤلاء مبتلى به (فلم يخف منه) أى من ذلك المرض الذى ابتلى به (الموت) فحكمه حكم الاصحاء لانه بتقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج فاذا كان كذلك (فهبته) تكون (من كل المال) كالاصحاء (والا) أى وان لم يكن كذلك بأن لم يتطاول عليه ذلك بحيث قد خاف منه فانه يكون حكمه كحكم المريض مرض الموت لانه حينئذ يكون سببا للموت غالبا فاذا كان كذلك (فمن الثلث) أى فتكون هبته من ثلث المال كالمريض مرض الموت

هذا (باب) فى بيان أحكام (العتق فى المرض)

أى فى مرض الموت (تحريره) أى تحرير الرجل عبده (فى مرضه ومحاباته) أى ومحاباة الرجل فى مرضه وهى من الحباء وهو العطاء وصورتها ان يبيع المريض ما يساوى مائة بخمسين أو يشترى ما يساوى خمسين بمائة فالزائد على قيمة المثل فى الشراء والناقص فى البيع محاباة حكمها حكم الوصية (وهبته) أى هبة الرجل فى مرضه وهو عطف على قوله تحريره وهو مبتدأ وقوله (وصية) خبر له ولما عطف عليه يعنى حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث (ولم يسع) العبد (ان أجيز) أى التحرير يعنى ان أجازت الورثة العتق فى المرض فلا سعاية على المعتق لان المنع كان لحقهم فيسقط بالاجازة (فان حابى) المريض (فحرر) يعنى أعتق اراد انه اذا حابى ثم أعتق (فهى) أى المحاباة (أحق) من التحرير يعنى أولى منه (وبعكسه) أى وبعكس الحكم المذكور وهو ان يعتق أولا ثم يحابى (استويا) أى العتق والمحاباة وهذا (عند أبى حنيفة) وعندهما سواء فى المسئلتين وهذا على أربعة أوجه الاولان ما ذكرنا والثالث ان يعتق ثم يحابى ثم يعتق فيقع المحاباة بين عتقين والرابع ان يحابى ثم يعتق ثم يحابى فيقع العتق بين المحاباتين فان خرج الكل من الثلث نفذت ولا خلاف فيها فان ضاق الثلث عنها قال أبو حنيفة فى الاول تنفذ المحاباة فان فضل شئ من الثلث فللعتق وقالا العتق أولى فان فضل شئ فللمحاباة وقال فى الثانى يشتركان (وقالا ينفذ) العتق فان فضل شئ فللمحاباة وقال فى الثالث يصرف نصف الثلث للمحاباة لانها تشارك العتق الاول عنده ثم ما أصاب العتق يقسم بينه وبين العتق الآخر نصفين وقال فى الرابع الثلث بين المحاباتين لاستوائهما ثم ما أصاب الثانية قسم بينها وبين العتق لتقدمه عليها فيشاركها وقالا العتق أولى فى الصور كلها لقول ابن عمر رضى الله عنهما اذا كان فى الوصايا عتق بدئ به ولان العتق لا يحتمل النقض فكان أولى وبه قال الشافعى وأحمد وله ان المحاباة أقوى لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا معنى لا صورة والعتق تبرع صورة ومعنى والمعاوضات أقوى من التبرعات واذا وجدت المحاباة أولا وهى أقوى لانها لا يزاحمها الاضعف بعدها الا ان العتق اذا تقدم وهو لا يقبل النقض تعارضا فيستويان فيشتركان وبه قال مالك وعند زفر يقدم ما قدمه الموصى (وان أوصى) رجل (بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها) أى من المائة (درهم لم تنفذ) الوصية بالعتق عند أبى حنيفة وقالا يعتق عنه بما بقى لانه يجب تنفيذها ما أمكن وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

وتنفيذها فمن يشترى بأقل منه تنفيذ فى غير الموصى له فلا يجوز (بخلاف الحج) أى بخلاف
الوصية بان يحج عنه بمائة درهم مثلا فهلك منها درهم فانه يحج عنه بما بقى بالاتفاق لانها
قربة محضة فى حق الله تعالى والمستحق لم يبدل فصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها
يدفع اليه الباقى (و) لو أوصى (بعتق عبده فمات) المولى (فجنى) العبد (ودفع) بالجناية (بطلت)
الوصية لان الدفع قد صح لتقدم حق ولى الجناية على حق الموصى فيخرج به عن ملكه فبطلت
(وان فدى) العبد بأن فداه الورثة وكان الفداء فى أموالهم (لا) تبطل الوصية لانهم هم الذين
التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية فصار كانه لم يجن (و) لو أوصى (بثلثه)
أى بثلث ماله (لزيد وترك عبدا فادعى زيد عتقه) أى عتق العبد يعنى ادعى انه أعتقه (فى
صحته و) ادعى (الوارث) انه أعتقه (فى مرضه فالقول للوارث) لان الموصى له يدعى استحقاق
ثلث ماله سوى العبد لان العتق فى الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر
استحقاقه ثلث ماله غير العبد فالقول قول المنكر مع اليمين (ولا شئ لزيد) وهو الموصى له (الا
أن يفضل من ثلثه شئ) من قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك (أو يبرهن) أى
أو يقيم زيد بينة (على دعواه) يعنى ان العتق وقع فى الصحة فيكون له حينئذ ثلث جميع المال
سوى العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع لانه يثبت حقه
وكذا العبد لان العتق حقه (ولو ادعى رجل دينا) على الميت (و) ادعى (العبد عتقا) أى
فى الصحة ولا مال له غيره (فصدقهما) أى الرجل والعبد (الوارث سعى) العبد (فى قيمته وتدفع
الى الغريم) وهو مدعى الدين عند أبى حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ لان الدين والعتق
فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصار كانهما وجدا معا أو ثبت ذلك
بالبينة والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين أقوى
من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والاقوى يدفع
الادنى وقضية الدفع أن يبطل العتق فى المرض أصلا الا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع
من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه (و) لو أوصى (بحقوق الله تعالى قدمت الفرائض) منها
سواء قدمها الموصى أو أخرها وهو معنى قوله (وان أخرها) أى وان أخر الموصى الفرائض
(كالحج والزكاة والكفارات) لان تقديم الاهم أولى (وان تساوت) الفرائض (فى القوة بدئ
بما بدأ به) الموصى يعنى اذا ضاق الثلث عنها وذكر الطحاوى ان الزكاة تقدم على الحج وهو رواية
عن أبى يوسف وعند محمد يقدم الحج وعند مالك يقدم العتق والتدبير على الزكاة والوصية بعتق
عبد يشترى ويعتق ثم الكتابة ثم الحج وعند الشافعى وأحمد ديونه تعالى كديون العباد يتحاصان
وعن الشافعى دينه تعالى يقدم على دين العباد وفى النوافل يقدم ما بدأ به بالاجماع وكفارة
القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على كفارة الافطار
والاضحية وكفارة اليمين تقدم على كفارة الظهار (و) لو أوصى (بحجة الاسلام أحجوا عنه
رجلا من بلده يحج عنه) أى عن الموصى حال كونه (راكبا) لان الواجب عليه ان يحج من
بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب وانما شرط أن يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب
عليه الاحجاج على الوجه الذى لزمه (والا) أى وان لم يبلغ الثلث النفقة اذا أحجوا عنه من

بلده (فمن حيث) أى فأحجوا عنه من حيث (يبلغ) الثلث (ومن خرج من بلده) حال كونه (حاجا فمات فى الطريق وأوصى بان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبى حنيفة وقالا من حيث بلغ لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وبه قال الشافعى وأحمد وله ان عمله بطل بموته فيبدأ والآية فى حق أحكام الآخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لان وطنه حيث حل (والحاج عن غيره مثله) أى مثل الحاج عن نفسه اذا مات فى الطريق يحج عنه ثانيا من وطنه عند أبى حنيفة وعندهما من حيث مات الاول

هذا (باب) فى بيان أحكام (الوصية للاقارب وغيرهم)

(جيرانه) أى جيران الشخص (ملاصقوه) عند أبى حنيفة حتى اذا أوصى لجيرانه فهى للملاصقين لانهم الجيران تسمية وعرفا ولهذا يجب حق الشفعة لهم وقالا لهم ولغيرهم ممن سكن محلته ويجمعهم مسجدها لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد وعند الثلاثة أربعون دارا من كل جانب لقوله عليه الصلاة والسلام حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند أهل النقل ويستوى فى الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده خلافا لهما بخلاف المكاتب والارملة تدخل لان سكناها يضاف اليها ولا تدخل التى لها بعل لانها تبع لزوجها فلم تكن جارا حقيقة (واصهاره) أى اصهار الشخص (كل ذى رحم محرم من امرأته) لان الكل اصهار وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيد وفى الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة ولم يقيد بالمحرم وقال الفراء الصهر الذى يحل نكاحه كبنات العم والخال واشباههن من القرابة التى يحل تزويجها كذا فسره فى قوله تعالى فجعله نسبا وصهرا وقال النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذى يحل نكاحه وعن ابن عباس رضى الله عنهما خلاف ذلك فانه قال حرم الله من النسب سبعا حرمت عليكم أمهاتكم الى وبنات الاخت ومن الصهر سبعا وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الى آخر الآية وهذا هو الصحيح وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة أبيه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل اصهار وشرطه أن يموت وهى منكوحته أو معتدته من طلاق رجعى لا من بائن سواء ورثت بان أبانها فى المرض أو لم ترث وقال الحلوانى الاصهار فى عرفهم كل ذى رحم محرم من نسائه التى يموت هو وهن نساؤه أو فى عدته منه وفى عرفنا أبو المرأة وأمها ولا يسمى غيرهما اصهرا (واختانه) أى اختان الشخص وهو جمع ختن (زوج كل ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذى رحم محرم من أزواجهن لانهم يسمون اختانا وقيل هذا فى عرفهم وفى عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد (وأهله) أى أهل الرجل (زوجته) عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا بالعرف قال الله تعالى خبرا عن يوسف وأتونى بأهلكم أجمعين وله قوله تعالى فى حق موسى عليه السلام وسار بأهله وقال عليه الصلاة والسلام من تأهل ببلدة فهو منها وعند الشافعى وأحمد

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

قرابته وعند مالك عصبته وعنه من يرثه (وآله) أى آل الشخص (أهل بيته) لان الآل القبيلة
ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى أقصى أب له فى الاسلام الاقرب
والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه أولاد البنات
وأولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أمه لانهم لا ينسبون الى أبيه وانما ينسبون الى آبائهم فكانوا
من جنس آخر وأهل بيت آخر لان النسب يعتبر من الآباء (وجنسه) أى جنس الشخص (أهل
بيت أبيه) لان الانسان يتجنس بأبيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الاب
والام لان الكل يسمون قرابة وكذا أهل بيته وأهل نسبه كآله وجنسه فيدخل فيه الاب والجد
(وان أوصى لاقاربه) أى لاقارب زيد مثلا (أو) أوصى (لذى قرابته أو) أوصى (لارحامه او
أوصى (لانسابه فهى) أى الوصية (للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه) أى من
زيد مثلا (ولا يدخل) فيه (الوالدان والولد و) لا (الوارث وتكون) الوصية (للاثنين)
منهم (فصاعدا) وهذا نصب على الحال من مقدر تقديره فضى الحكم حال كونه صاعدا
وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا الرحم يكفى و يستوى القريب والبعيد لان الاسم
شامل للكل المحرم وغير المحرم فيه سواء الى أقصى أب له فى الاسلام وهو أول أب أسلم او أول أب
أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وبه قالت الثلاثة وفى رواية عن
مالك وأحمد قريبه من جهة الاب فقط يكون للاثنين فصاعدا وله انها اخت الميراث وفيه
يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد من الجمع فى الميراث الاثنان فكذا فى الوصية ولا تدخل قرابة
الولاد لانهم لا يسمون اقرباء ولا أقارب لقوله تعالى للوالدين والاقربين والمعطوف غير المعطوف
عليه وفائدة الخلاف تظهر فى أولاد أبى طالب على قول من شرط الاسلام لانه أدرك الاسلام
ولم يسلم فمن أوصى بثلث ماله لاقرباء النبى صلى الله عليه وسلم لا يدخل فيه أولاد أبى طالب على قول
من شرط الاسلام ويدخلون على قول من شرط ادراك الاسلام واما أولاد العباس رضى الله عنه
فيدخلون فيها بالاجماع ثم أشار الى مظهر الخلاف بالفاء بقوله (فان كان له) أى للشخص الذى
أوصى رجل لاقاربه أو لذى قرابته أو لارحامه أو لانسابه (عمان وخالان فهى) أى الوصية
(لعميه) أى لعمى ذلك الشخص لانهما أقرب كما فى الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى فى الوصية
على ما بينا فيكتفى بهما هذا عند أبى حنيفة وعندهما يكون بينهم ارباعا لانهما لا يعتبران الاقرب
(ولو) كان له (عم وخالان كان له) أى للعم (النصف) أى نصف الموصى به (ولهما) أى للخالين
(النصف) الآخر لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان فى الوصية على
ما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه أقرب ويأخذان النصف
لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا أوصى لذى قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه
لفظ مفرد فيحوز الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له النصف
لما بينا انه لا بد من اعتبار معنى الجمع فيه و يرد النصف الى الورثة (ولو) كان له (عم وعمة استويا)
لان قرابتهما مستويتان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا حتى لو كان له اخوال معهما
لا يستحقون شيأ لانهما أقرب ولو انعدم المحرم بطلت الوصية وهذا كله عند أبى حنيفة وعندهما
لا تبطل ولا يختص الاعمام بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما (و) لو أوصى (لولد

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

فلان) فالوصية (للذكر والانثى على السواء) لان اسم الولد يشمل الكل (و) لو أوصى (لورثة فلان) تكون الوصية (للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاسم مشتق من الوراثة وهى بين أولاده واخوانه كذلك فكذا الوصية

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة) *

(وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) اذا كانت (مدة معلومة) لان المنافع يصح تمليكها فى الحياة ببدل و بغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان و يكون محبوسا على ملك الميت (و) كذا اذا كانت (أبدا) لما قلنا (فان خرج العبد) الموصى بخدمته (من ثلثه) أى من ثلث مال الموصى (سلم اليه) أى الى الموصى له (ليخدمه) لان حق الموصى له فى الثلث لا يزاحمه الورثة فيه وكذلك سكنى الدار وليس له أن يؤاجر العبد ولا الدار لانه ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها بعوض (والا) أى وان لم يخرج من الثلث (خدم الورثة يومين و) خدم (الموصى له يوما) لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين هذا اذا كانت الوصية غير مؤقتة وان كانت مؤقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان تمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضى تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار اجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضا لان الحق لهم الا ان الاول أولى لكونه أعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار لان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار ظاهرا بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون منه وعن أبى يوسف ان لهم ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الاول وعند الشافعى وأحمد يقوم العبد فى المدة المعينة مسلوب المنفعة تلك المدة فينظر كم قيمته فيها فله ذلك وفى الابد يقوم جميع القيمة وعند مالك الورثة مخيرة بين تسليم ثلث المال و بين تسليمه فى المدة وعند ابن أبى ليلى هذه الوصية باطلة (وبموته) أى وبموت الموصى له (يعود) العبد أو الدار (الى ورثة الموصى) وقال الشافعى يرث منفعتهما ورثة الموصى له لانها كانت مملوكة له فتنتقل الى ورثته كالعين وبه قال مالك ولنا ان الارث يجرى فى الاعيان دون المنافع ولهذا تبطل الاجارة والاعارة بموته لان المنافع التى لم تحدث لم تكن ملكا له (ولو مات) الموصى له (فى حياة الموصى بطلت) الوصية لان ايجابها متعلق بالموت وهذا بالاجماع (و) لو أوصى (بثمرة بستانه فمات) أى الموصى (و) الحال ان (فيه) أى فى البستان (ثمرة) كانت (له) أى للموصى له (هذه الثمرة) وحدها لان الثمرة اسم لموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد اذ لا يتأبد الا بتناول المعدوم وأشار اليه بقوله (وان زاد) أى الموصى فى وصيته بثمرة بستانه (أبدا) بأن قال له ثمرة بستانى أبدا كانت (له) أى للموصى له (هذه) الثمرة (وما يستقبل) أى وثمرته أيضا فيما

يستقبل

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

يستقبل ما عاش (كغلة بستانه) أي كما اذا أوصى بغلة بستانه فله الغلة القائمة فيه وغلته فيما يستقبل لان الغلة تنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا بخلاف الثمرة اذا أطلقت لا تتناول الا الموجود فالحاصل انه اذا أوصى بالغلة استحقه دائما وبالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد أبدا والفرق ماذكرنا وانما قيد بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن فيه ثمرة والمسئلة بحالها فهى كمسئلة الغلة فى تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له فافهم (و) لو أوصى (بصوف غنمه وولدها ولبنها له) أى للموصى له (الموجود عند موته) أى عند موت الموصى سواء (قال) الموصى (أبدا أولا) أى أولم يقل ولا يستحق ما يستحدث بعد موته لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده الا فى الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلان تستحق بالوصية أولى لانها أوسع بابا من غيرها

﴿هذا (باب) فى بيان أحكام (وصية الذمى)﴾

(ذمى جعل داره بيعة) أى جعلها متعبدا لليهود بأن كان الذمى يهوديا (أو كنيسة) أى متعبدا للنصارى بأن كان الذمى نصرانيا وكان ذلك (فى صحته فمات) بعد ذلك (فهى) أى داره المذكورة (ميراث) بالاتفاق أما عند أبى حنيفة فلانه بمنزلة الوقف عنده والوقف لا يلزم فيورث فكذا هذا وأما عندهما فلان هذا معصية فلا تصح وان كان قربة فى معتقدهم فان قلت هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمى كذلك قلت المسجد محرز عن حقوق الناس خالص لله تعالى ولا كذلك البيعة فى معتقدهم فانها للمنافع الناس أيضا لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه ثابتا فيها (وان أوصى) الذمى (بذلك) أى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة (لقوم مسمين) أى لناس معينين (فهو) جائز (فى الثلث) لامكان تصحيحه على اعتبار معنى الاستخلاف أو التمليك (و) اذا أوصى (بداره) ان تجعل كنيسة (لقوم غير مسمين صحت) وصيته عند أبى حنيفة وقالا هى باطلة لكونها معصية وله انها قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم هذا اذا أوصى ببنائها فى القرى وأما فى الامصار فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة فى الامصار وعلى هذا الخلاف اذا أوصى بان تذبح خنازيره ويطعم المشركون من غير تعيين لما ذكرنا وان كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على انه تمليك والحاصل ان وصايا الذمى ثلاثة أقسام أحدها جائز بالاتفاق كما اذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم مثل ان يوصى بأن يسرج فى بيت المقدس أو بأن يغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو لم يكن الثانى باطل بالاتفاق كما اذا أوصى بما ليس بقربة عندنا وعندهم مثل أن يوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم مثل أن يوصى بالحج أو ببناء مسجد للمسلمين أو بأن تسرج مساجدهم لانه معصية عندهم الا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح باعتبار التمليك الثالث مختلف فيه وهو المذكور الآن (كوصية حربى) أى كما صحت وصية حربى (مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمى) لانه أهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو أوصى بأكثر من الثلث

او بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق مراعى لانهم أموات فى حقنا وقيل ان كانت ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث الا باجازتهم والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الوصى) *

(أوصى) شخص (الى رجل فقبل) الوصية (عنده) أى عند الموصى (ورد عنده يرتد) لان الموصى ليس له ولاية الالزام فيوصى الى غيره (والا) أى وان لم يرد عنده بل رده فى غير وجهه (لا) يرتد لانه مات معتمدا عليه فلو جاز رده فى غير وجهه لصار مغرورا من جهته فيرد رده فيبقى وصيا على ما كان (وبيعه) أى بيع الوصى (تركته) أى تركة الموصى قبل قبوله الوصية (كقبوله) نصا لانه دلالة الالتزام وينفذ البيع لصدوره من الوصى سواء علم بالايصاء أو لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل انابة فلا يصح من غير علم والايصاء خلافه فلا يتوقف على العلم كالوراثة (وان مات) الموصى (فقال) الموصى اليه (لا أقبل ثم قبل صح) قبوله لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه مضرة بالميت (ان لم يخرجه القاضى) من الوصية (مذ قال) أى حين قال (لا أقبل) فاذا أخرجه يصح ذلك لانه نصب ناظرا فاذا رأى غيره أصلح كان له عزله ونصب غيره ولو قال اقبل بعدما أخرجه القاضى لا يلتفت اليه (و) اذا أوصى (الى عبد وكافر وفاسق بدل) القاضى (بغيرهم) نظرا للموصى وذكر القدورى ان القاضى يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية صحيحة لان الاخراج لا يكون الا بعد الدخول وذكر محمد فى الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل فى العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفى غيره معناه ستبطل وقيل فى الكافر باطلة أيضا لعدم ولايته على المسلم (و) لو أوصى (الى عبده و) الحال ان (ورثته صغار صح) الايصاء عند أبى حنيفة خلافا لابى يوسف لانه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية (والا) أى وان لم تكن الورثة صغارا بأن كان كلهم كبارا أو بعضهم كبارا (لا) يجوز لان للكبيران يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشترى فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد (ومن عجز عن القيام بها) أى بالوصاية (ضم) القاضى (اليه) أى الى هذا العاجز (غيره) رعاية لحق الورثة وحق الميت ولو شكا الوصى الى القاضى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا تخففا عن نفسه ولو ظهر للقاضى عجزه أصلا استبدل به غيره ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضى أن يخرجه لانه مختار الميت (وبطل فعل أحد الوصيين) يعنى انفراده بالتصرف فى التركة عندهما خلافا لابى يوسف الا فى سبعة أشياء أشار اليها بقوله (فى غير التجهيز) أى تجهيز الميت الموصى (وشراء الكفن) له (و) شراء (حاجة الصغار) مثل طعامهم وكسوتهم (والاتهاب) أى قبول الهبة (لهم ورد وديعة عين) أى معينة (وقضاء دين) الميت (وتنفيذ وصية) معينة (وعتق عبد عين) أى معين (والخصومة فى حقوق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر فان قلت هذه تسعة قلت شراء الكفن والتجهيز واحد وحاجة الصغار والاتهاب واحد فالكل سبعة ثم قيل الخلاف فيما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما اذا أوصى اليهما معا بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع كذا ذكره الكيسانى وقيل الخلاف فيما اذا أوصى اليهما معا بعقد واحد وأما اذا أوصى الى كل

واحد

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

واحد منهما بعقد على حدة ينفرد أحدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلوانى عن الصفار قال أبو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف وقال فى المبسوط وهو الاصح (ووصى الوصى وصى التركتين) يعنى اذا مات الوصى فأوصى الى غيره فهو وصى فى تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعى لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول اعتبارا للوصية بالوكالة وبه قال أحمد فى رواية ولنا ان الميت أقام هذا مقام نفسه فكان اذنا منه باقامة غيره مقامه دلالة لعجزه عن بعض أموره بخلاف الوكيل لان الموكل يقدر على اقامة غيره مقامه (وتصح قسمته) أى قسمة الوصى (عن الورثة مع الموصى له) لان الوارث خليفة الميت والوصى أيضا خليفته فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فتنفذ قسمته عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك ما فى يد الوصى ليس له ان يشارك الموصى له (ولو عكس) على صيغة المجهول أى ولو عكس الحكم المذكور (لا) يصح وفى بعض النسخ وعكسه لا وهو ما اذا قاسم الوصى الورثة عن الموصى له فلا يجوز لان الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلا يكون خصما عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقى لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الورثة كبارا أو صغارا الا ان له ولاية البيع فى مال الصغار والقسمة فى معنى البيع وله ولاية الحفظ فى مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ الا العقار فانه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه وهذا فى معنى البيع فلا يضمن (فلو قاسم) الوصى (الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك فى يده رجع) الموصى له (بثلث ما بقى) لان الموصى له شريك الورثة فيرجع على ما فى أيدى الورثة ان كان باقيا فيأخذ ثلثه لعدم صحة القسمة فى حقه وان هلك فى أيديهم فله ان يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وان شاء ضمن الوصى ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء (وان أوصى الميت بحج) أى بأن يحج عنه (فقاسم) الوصى (الورثة فهلك ما فى يده) أى ما فى يد الوصى (أو دفع) الوصى المال (الى من يحج عنه) اى عن الميت (فضاع فى يده) أى فى يد من يحج عنه بأن هلك أو سرق (يحج عن الميت بثلث ما بقى) من التركة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ان كان المفرز مستغرقا للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وان لم يكن مستغرقا للثلث يحج عنه بما بقى من الثلث الى تمام ثلث الجميع وعند محمد لا يحج عنه بشئ وقد مر فى المناسك مستقصى (وصحت قسمة القاضى واخذه حظ) أى نصيب (الموصى له ان غاب) أى الموصى له لان الوصية صحيحة وان كان قبل القبول ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضى ناظر فى حق العاجز وافراز نصيب الغائب وقبضه من النظر حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض فى يد القابض أو أمينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضى هذا فى المكيل والموزون لانه افراز واما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة (و) صح أيضا (بيع الوصى عبدا من التركة بغيبة الغرماء) أراد بغير محضر من الغرماء لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصى لقيامه مقامه بخلاف العبد المأذون له فى التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان لغرمائه حق الاستيفاء (وضمن الوصى ان باع عبدا

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

أوصى) الموصى (ببيعه وتصدق بثمنه) على المساكين (ان استحق العبد بعدهلاك ثمنه) أى ثمن العبد (عنده) أى عند الوصى وضمانه للمشترى لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه (ويرجع) الوصى (فى تركة الميت) لانه عامل له فيرجع به عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع الوصى على أحد لانه تبين ببطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشئ ثم رجع الى ماذكرنا ويرجع فى جميع التركة وعن محمد انه يرجع فى الثلث وفى المنتقى لا يرجع الوصى فى مال الميت بشئ وانما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لان غنمه لهم فكان غرمه عليهم (و) يرجع الوصى (فى مال الطفل ان باع عبده واستحق) العبد (وهلك الثمن فى يده) لانه عامل له (و) يرجع (هو) أى الطفل (على الورثة فى حصته) لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه (وصح احتياله) أى احتيال الوصى (بماله) أى بمال الميت (لو) كان (خيرا له) أى للميت بأن يكون الثانى أملأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهذا على تقدير ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثانى مفلسا أو جحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة (و) صح (بيعه) أى بيع الوصى (وشراؤه بما يتغابن) الناس فى مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر فيه (و) صح (بيعه) أى بيع الوصى (على الكبير) الغائب (فى غير العقار) لان الاب يلى ما سوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما وعند أبى حنيفة جاز له بيعه كله لانه بيع بحكم الولاية فاذا ثبت فى البعض ثبت فى الكل (ولا يتجر) الوصى (فى ماله) أى فى مال اليتيم لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة (ووصى الاب احق بمال الطفل من الجد) وقال الشافعى الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيقدم على وصيه ولنا ان ولاية الاب تنتقل اليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه لان اختياره مع علمه بالجد يدل على أن تصرفه انظر لاولاده من تصرف الجد (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) لانه أقرب الناس اليه حتى ملك الانكاح دون الوصى

هذا (فصل فى الشهادة) أى فى شهادة الاوصياء (شهد الوصيان ان الميت أوصى الى زيد معهما لغت) شهادتهما لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فترد شهادتهما للتهمة فاذا ردت ضم القاضى اليهما ثالثا لان فى ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصى آخر معهما للميت (الا أن يدعى زيد) انه وصى معهما فحينئذ تقبل شهادتهما استحسانا لانا قلنا انه يجب على القاضى أن يضم اليهما ثالثا فتسقط مؤنة التعيين عنه فيكون زيد وصيا معهما بنصب القاضى اياه والقياس أن لا تقبل كما فى الاول (وكذا الابنان) اذا شهدا بأن أباهما أوصى الى رجل وهو ينكر لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا وان ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا على انه نصب وصى ابتداء (وكذا لو شهدا) أى الوصيان (لوارث صغير بمال) فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما فى ذلك المال فصارا متهمين أو خصمين (او) شهد الوصيان (لكبير بمال الميت) لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما للكبير فى غير التركة لعدم التهمة وهذا عند أبى حنيفة

وقالا اذا شهد الوارث كبير يجوز فى الوجهين لان ولاية التصرف لا تثبت لهما فى مال الميت اذا كانت الورثة كبارا (ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف) درهم (وشهد الآخران) وهما المشهود لهما (للاولين) وهما الشاهدان الاولان (بمثله) أى بمثل ما شهد الاولان بأحد دين على الميت (تقبل) هذه الشهادة لان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى وهذا عند محمد خلافا لابى يوسف ويروى أن أبا حنيفة مع محمد ويروى مع أبى يوسف وعن أبى يوسف مثل قول محمد وعن الحسن عن أبى حنيفة أنهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة (وان كانت شهادة كل فريق بوصية ألف) بأن شهد اثنان أنه أوصى لرجلين بألف وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بألف أيضا (لا) تقبل هذه الشهادة لان فيه اثبات الشركة وفيه التهمة

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الخنثى)

وهو على وزن فعلى بالضم من الخنث وهو اللين والتكسر ومنه المخنث وتخنث فى كلامه وسمى خنثى لانه تكسر ونقص حاله عن حال الرجل وجمعه خناثى وفى الشرع (هو) أى الخنثى (من له فرج) المرأة (وذكر) الرجل ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا (فان بال) الخنثى (من الذكر فغلام) أى فهو غلام (وان بال من الفرج فأنثى) أى فهو أنثى لانه عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول (وان بال منهما) أى من الفرج والذكر (فالحكم للاسبق) لانه دليل على أنه العضو الاصلى (وان استويا) أى فى السبق (فمشكل) أى فهو خنثى مشكل لعدم المرجح (ولا عبرة بالكثرة) أى بكثرة البول من أحدهما عند أبى حنيفة لان الكثرة لا تدل على القوة لجواز أن تكون لضيق مخرج أحدهما وسعة الآخر والا يعتبر الاكثر منهما بولا فينسب اليه لان للاكثر دلالة اصالة العضو وقوته فيجوز أن يعتبر به وبه قالت الثلاثة وان كان فى السبق والفراغ سواء فهو خنثى مشكل بالاجماع (فان بلغ) الخنثى (وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فرجل) أى فهو رجل فحكمه حكم الرجال وكذا اذا احتلم من الذكر (وان ظهر له ثدى) كثدى النساء (أو) ظهر له (لبن أو حيض أو حبل أو أمكن وطؤه) من الفرج (فامرأة) أى فهو امرأة فحكمه حكم النساء (وان لم يظهر له علامة أو تعارضت) العلامات مثل ما اذا حاض وخرجت له لحية أو يأتى ويؤتى (فمشكل) أى فهو خنثى مشكل لعدم المرجح وعن الحسن أنه تعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحدة ثم أشار الى حكم الخنثى المشكل بالفاء بقوله (فيقف) الخنثى المشكل (بين صف الرجال والنساء) فيقدم على النساء لاحتمال كونه رجلا فان صلى معهن أعاد صلاته لذلك وان صلى مع الرجال أعاد الصلاة ثلاثة الذى عن يمينه والذى عن يساره والذى خلفه احتياطا لاحتمال أن يكون امرأة ويستحب أن يصلى بقناع لاحتمال كونه امرأة ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك (وتبتاع) أى تشترى (له امة) من ماله (تختنه) لانه يجوز لمملوكته النظر اليه مطلقا (فان لم يكن له مال فمن بيت المال) أى فتشترى من بيت المال لانه أعد لمصالح الناس فيدخل فى ملكه بقدر الحاجة وهى حاجة الختان فاذا اختتنته تباع ويرد ثمنها الى بيت المال ولو تزوج امرأة ثم ختنته ثم طلقها جاز لانه ان كان ذكرا صح النكاح وان كان أنثى فنظر الجنس أخف ثم يفرق بينهما لاحتمال أنه أنثى فلا

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

نكاح بينهما ويطلق لاحتمال أنه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة به ثم تعتد ان خلا بها احتياطا وفى الذخيرة ان قال الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لان الانسان أمين فى حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ما قال (وله) أى للخنثى المشكل (أقل النصيبين) أى الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على أنه ذكر وعلى أنه أنثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على أحد التقديرين فلا شئ له مثاله أخوان لاب وأم أحدهما خنثى مشكل كان المال بينهما أثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر أنثى لانه أقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأم هى خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقى وهو السدس على أنه عصبة لانه أقل ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية ولو تركت زوجا وأما وأخوين من أم وأخا لاب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولا شئ للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شئ ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت المسئلة الى تسعة ولو ترك الرجل ولد أخ هو خنثى وعما لاب وأم أو لاب كان المال للعم ويقدر الخنثى أنثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم وقال الشعبى للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وعن ابن عباس مثله لانه مجهول وبه قال أبو يوسف ومحمد ومالك وأحمد وعند الشافعى رحمه الله له أضر الحالتين ويوقف الزيادة على نصيبه الى أن يتبين أمره أو يصطلح هو والورثة ثم أوضح الحكم المذكور بقوله (فلو مات أبوه) اى أبو الخنثى (وترك ابنا له سهمان وللخنثى سهم) لانه الاقل وهو متيقن به فيستحقه وعلى قول الشافعى الذى ذكرناه الآن للخنثى الثلث وللابن النصف لانه المتيقن ويوقف السدس واختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى هذا على قول الشعبى لان عنده للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى فقال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان أنثى كان له نصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فيبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة وانما كان كذلك لان الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى ثلاثة أرباع وليس للمال كل وثلاثة أرباع فيضرب كل واحد منهما فى جميع حقه اعتبارا بطريق العول والمضاربة ومحمد رحمه الله اعتبر نصيب كل واحد منهما فى حالة الاجتماع فقال لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان أنثى كان أثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فتضرب احداهما فى الاخرى تبلغ ستة للخنثى على تقدير انه أنثى سهمان وعلى تقدير أنه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فتضرب الستة فى اثنين تبلغ اثنى عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير أنه ذكر وأربعة على تقدير أنه أنثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان وقال شمس الائمة تخريجا قول الشعبى ولم يأخذ به

* هذه (مسائل شتى) * أى متفرقة وهو جمع شتيت وهو المتفرق فاذا قلت جاءنى القوم شتى

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

يكون نصبا على الحال أى متفرقين (ايماء الاخرس) أى اشارته (وكتابته كالبيان) أى
كالنطق باللسان فتلزمه الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه
وشراؤه وغير ذلك من الاحكام لان الاشارة بيان من القادر فاظنك من العاجز والكتاب
كالخطاب عند العجز ففى حق الاخرس أولى لان عجزه أظهر وألزم ثم الكتاب على ثلاث
مراتب مستبين مرسوم وهو أن يكون معنونا أى مصدرا بالعنوان وهو أن يكتب فى صدره
من فلان الى فلان على ما جرت به العادة فى تسيير الكتاب فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة
ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم
فان هذا يكون لغوا فلا يكون حجة الا بانضمام شئ آخر اليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء
على الغير حتى يكتبه وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول أظهر وغير مستبين
كالكتابة فى الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به شئ من الاحكام وان نوى
(بخلاف معتقل اللسان) من اعتقل لسانه اذا حبس فان اشارته غير معتبرة ولا هى كالبيان
صورته أن يعتقل لسان المريض فقرئ عليه كتاب وصيته وقيل له أنشهد عليك بما تضمنه هذا
الكتاب فقال برأسه مشيرا اليهم نعم لم يعتبر ولم تصح الشهادة عليه بذلك عندنا وقال الشافعى
هى كالبيان لانها قائمة مقام العبارة كما فى حق الاخرس وبه قال أحمد ولنا أن الاشارة
لا تنبئ عن المراد الا اذا طالت وصارت معهودة كالاخرس للحاجة الى تصحيح تصرفاته وهذا
ليس كذلك فلا يجوز وقدر الامتداد التمرتاشى بالسنة وروى عن أبى حنيفة أن العقلة اذا
دامت الى وقت الموت يجعل اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه قالوا وعليه الفتوى وقوله
(فى وصية) يتعلق بقوله كالبيان وما بعده وهو قوله (ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود) أى
قصاص عطف عليه وقد ذكرناها (لا) يكون ايماء الاخرس وكتابته كالبيان (فى حد) لانه يندرئ
بالشبهة فلا حاجة الى اثباته ولعله كان مصدقا للقاذف فى قذفه ان قذف هو فلا يتيقن بطلبه
الحد وان كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب الا بالقذف بصريح الزنا
وفى القصاص اعتبر طلبه لانه حق العبد وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ (غنم مذبوحة
وميتة) أراد أن جماعة من الغنم مذبوحة وفيها ميتة (فان كانت المذبوحة أكثر تحرى وأكل
والا) أى وان لم تكن المذبوحة أكثر بل كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين (لا) يأكل وقال
الشافعى لا يجوز الاكل فى حالة الاختيار بالتحرى وان كانت المذبوحة أكثر لان التحرى دليل
ضرورى فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة
ألا ترى ان أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول
اعتمادا على الظاهر بخلاف ما اذا كانت الميتة أكثر أو استويا لانه لا ضرورة اليه لقلته (لف ثوب
نجس رطب) أى مبلول (فى ثوب طاهر يابس فظهر رطوبته على ثوب طاهر لكن لا يسيل لو عصر
لا يتنجس) لانه اذا لم يتقاطر منه بالعصر لا ينفصل منه شئ وانما يبتل ما يجاوره بالنداوة وبذلك
لا يتنجس وعلى هذا اذا انشر الثوب المبلول على حبل نجس وهو يابس لا يتنجس الثوب (رأس شاة
متلطخ بالدم أحرق) بالنار (وزال عنه الدم فأخذ منه مرقة جاز والحرق) بالنار (كالغسل)
بالماء لان النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شئ ولهذا لو أحرقت العذرة وصارت

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

رمادا طهرت للاستحالة كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع فى المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز وكذلك اذا تنجست ممسحة الخباز تطهر بالنار (سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وان جعل العشر لا) يجوز هذا عند أبى يوسف وقالا لا يجوز فيهما لانه مال جماعة المسلمين ولابى يوسف ان صاحب الخراج له حق فى الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه وعلى قوله الفتوى (ولو دفع) السلطان (الاراضى المملوكة الى قوم) يعنى اذا عجز أصحاب الخراج عن زراعة الارض وأداء الخراج وأراد الامام أن يدفعها الى غيرهم بالاجرة (ليعطوا الخراج جاز) ذلك فان فضل شئ من أجرتها يدفعه الى أصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ماذكرنا فان لم يجد الامام من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة فانه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج أصلا ولو باع يفوت حق المالك فى العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له أن يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضية من الثمن ان كان عليهم خراج ويرد الفضل على أصحابها ثم قيل هذا قولهما لان عندهما القاضى يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة وأما عند أبى حنيفة فلا يملك ذلك ولا يبيعها لكن يأمر الملاك ببيعها وقيل هذا قول الكل وذكر فى النوادر عن أبى حنيفة ان أهل الخراج اذا هربوا ان شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين وان شاء دفع الى قوم وأطعمهم على شئ فكان ما يؤخذ للمسلمين لان فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها فاذا عمرها من بيت المال يكون قدر ما ينفق فى عمارتها قرضا لان الامام مأمور بتمييز بيت المال بأى وجه يتهيأ له (ولو نوى) من عليه قضاء صوم يوم او أكثر من رمضان (قضاء رمضان ولم يعين اليوم) يعنى لم يعين عن يوم كذا (صح) لان صوم رمضان معلق بشهود الشهر لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم كذا وكذا لو صام وكذا لو نوى عن رمضانين أيضا صح وهو معنى قوله (ولو) صام (عن رمضانين) لما ذكرنا ثم شبه جواز ذلك بجواز قضاء الصلاة وان لم يعين الصلاة ويومها بقوله (كقضاء الصلاة صح وان لم ينو أول صلاة) عليه (أو آخر صلاة عليه) وهذا الذى ذكره الشيخ هو قول بعض المشايخ والاصح أنه يجوز فى رمضان واحد ولا يجوز فى رمضانين مالم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا وكذا قضاؤه الصلاة لا يجوز مالم يعين الصلاة ويومها بأن يعين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت تعين بكونه أولا أو آخرا فاذا نوى أول صلاة عليه وصلى فما يليه يصير أولا أيضا فيدخل فى نيته أول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته أو اشتبهت عليه أو أراد التسهيل على نفسه والاصل فيه أن الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهذا نية التعيين فى الجنس الواحد لغو ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين بخلاف صوم رمضان لما ذكرنا ولكن اذا نوى عن رمضانين

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

أو رمضان آخر لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب كما اذا نوى ظهرين او ظهرا عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا أداء الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين فى جنس واحد ولو عين لغا وفى الاجناس لا بد منه (ابتلع) صائم (بزاق غيره كفر لو كان الغير (صديقه) وان كان من غير صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لان الريق تعافه النفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الانفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز والتريد ونحوهما (قتل بعض الحجاج عذر فى ترك الحج) لان أمن الطريق شرط واختلف فيه هل هو شرط الوجوب أو شرط الأداء وقد ذكرناه مستقصى فاذا قتل بعض الحجاج كان معذورا فى ترك الحج فلا يأثم بذلك ولو قال رجل لامرأة (تو زن من شذى) يعنى أنت صرت زوجة لى (فقالت) المرأة (شذم) يعنى صرت (لم ينعقد النكاح) لان هذا لا يدل على الايجاب والقبول فقوله تو بضم التاء المثناة من فوق وسكون الواو ومعناه أنت وقوله زن بفتح الزاى المعجمة وبالنون وهو اسم للمرأة وقوله من بفتح الميم وبالنون ومعناه أنا وقوله شدى بضم الشين المعجمة وكسر الذال المعجمة وفى آخره ياء آخر الحروف ساكنة ومعناه صرت وهذه اللفظة تتصرف كاللفظ العربى فمصدره شدن والماضى شد والمضارع شود والمخاطب من الماضى يأتى على الصورة المذكورة والمتكلم وحده بالميم فى الآخر نحو شدم فاذا أريد الاخبار عن الجمع يقال شديم بكسر الذال المعجمة وزيادة الياء آخر الحروف بعدها ولو قال رجل لامرأته (خويشتن را زن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لى زوجة (فقالت) المرأة فى جوابه (كردانيدم) يعنى جعلت (وقال) الرجل (بذيرفتم) يعنى قبلت (ينعقد النكاح) بينهما لاشتماله على الايجاب والقبول قوله خويشتن را يؤدى معنى نفسك وهو بكسر الخاء المعجمة تكتب الواو بعدها من غير أن يتلفظ بها وكذلك الياء بعد الواو والشين فيه معجمة ساكنة بعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفى آخره نون وقوله را بفتح الراء بعدها ألف ساكنة يؤدى معنى تخصيص الاشارة بحسب المقام وقوله كردانيدى بالكاف الصماء المفتوحة والراء الساكنة والدال المفتوحة والنون المكسورة بعد الالف وبعدها ياء ساكنة وذال معجمة مكسورة وفى آخره ياء أخرى ساكنة وهذه اللفظة للخطاب تؤدى معنى الجعل والتصيير وقوله كردانيم كذلك الا انه للمتكلم وحده وذا للمخاطب واذا أريد المتكلم مع الغير تزاد فيه ياء قبل الميم فيقال كردانيديم وقوله بذيرفتم بفتح الباء الصماء يكون مخرجه ممتزجا بمخرج الفاء وبكسر الذال المعجمة بعدها ياء آخر الحروف ساكنة وبعدها راء مفتوحة وبعدها فاء ساكنة وبعدها تاء مثناة من فوقه مفتوحة وفى آخره ميم ساكنة ولو قال رجل لآخر (دختر خويشتن را بپسر من ارزانى داشتى) معناه هل جعلت بنتك لائقة لابنى (فقال) أب البنت فى جواب أب الابن (داشتم) يعنى جعلت (لا ينعقد) النكاح لانه ليس بمشتمل على الايجاب والقبول ولا يلزم من جعل ابنته لائقة لابنه حصول العقد بينهما قوله دختر بضم الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة وفتح التاء المثناة من فوق وفى آخره راء وهو اسم للبنت وقوله بپسر لفظان مركبان الاول لفظ ب الباء الموحدة تؤدى معنى لام التخصيص والثانى لفظ پسر بكسر الباء الممتزج مخرجها بمخرج الفاء وفتح السين المهملة وفى آخره راء وهو اسم للابن قوله أرزانى بفتح الهمزة وسكون الراء

قوله كردانيم كذا فى النسخ والذى فى الغنى كردانيدم ويجوز

وفتح الزاى وكسر النون بعد الالف الساكنة وفى آخره ياء آخر الحروف ساكنة ومعناه ههنا بمعنى اللائق وقوله داشتى بفتح الدال المهملة وسكون الالف وسكون الشين المعجمة والتقاء الساكنين فى لغتهم شائع سائغ وكسر التاء المثناة من فوق وفى آخره ياء آخر الحروف ساكنة وقوله داشتم من مادة داشتى ولكنه اخبار عن النفس وحده ولو أريد به الاخبار عن الجماعة يقال داشتيم بزيادة الياء آخر الحروف قبل الميم وهذه قاعدة مطردة عندهم (منعها) كلام اضافى مبتدأ أى منع المرأة (زوجها عن الدخول عليها و) الحال أنه (هو) أى الزوج (يسكن معها) أى مع المرأة (فى بيتها نشوز) يعنى هروب واعراض عنه وهو خبر المبتدا وانما كان نشوزا لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب لها النفقة مادامت على منعه فصار كحبسها نفسها فى منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى فى منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا يكون نشوزا لوجوب السكنى لها عليه فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس من قبله وبخلاف ما اذا كانت ساكنة معه فى منزله ولم تمكنه من الوطء لانه يمكنه الوطء كرها غالبا فلا يعد منعا (ولو سكن الزوج فى بيت الغصب فامتنعت منه لا) تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام (قالت) المرأة (لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك) لانه لابد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك ويجوز لها ذلك مع الضرة لانها تتأذى (قالت) الزوجة لزوجها (مرا طلاق ده) يعنى اعطنى طلاقا (فقال) الزوج (داده كير وكرده كير او) قال (داده باذ وكرده باذ ينوى) بتشديد الواو معناه ان الاعتبار للنية وعدمها فان نوى بهذه الالفاظ الطلاق وقع الطلاق وان لم ينو لا يقع لانها من الكنايات عندهم فلابد من النية قوله داده بفتح الدال بعدها ألف ساكنة وذال معجمة مفتوحة وفى آخرها هاء ساكنة وهو اسم مفعول من دادن الذى هو المصدر ومعناه الاعطاء وقوله كير بكسر الكاف الصماء وسكون الياء آخر الحروف وفى آخره راء ومعناه الاصلى أمسك ولكن معناه هنا افرضى وقدرى يعنى قدرى أن الطلاق قد أعطى قوله كرده بفتح الكاف وسكون الراء وفتح الدال وسكون الهاء وهو أيضا اسم مفعول من كردن الذى هو المصدر ومعناه الفعل والعمل قوله باذ بفتح الباء وسكون الالف والذال المعجمة ومعناه فليكن (ولو قال) الزوج (داده است كرده است يقع) الطلاق (نوى) الوقوع (أولا) أى أو لم ينو (ولو قال) الزوج (داده انكار كرده انكار لا يقع) الطلاق (وان نوى) الوقوع والفرق بينهما ان فى الاول اخبارا عن الوقوع فيقع مطلقا وفى الثانى ليس باخبار لان معنى قوله داده انكار افرضى انه وقع أو احسبى فلا يقع به شئ وأنكار بفتح الهمزة وسكون النون وفتح الكاف الصماء وفى آخره راء مهملة ومعناه افرض وقدر (وى مرا نشايد تا قيامت او همه عمر لا يقع) الطلاق (الابنية) لانه من الكنايات قوله وى بفتح الواو وسكون الياء آخر الحروف بمعنى هى التى هى ضمير الغائب وقوله مرا بفتح الميم والراء مقصورة ومعناه لاجلى وقوله نشايد بفتح النون والشين المعجمة وبألف ساكنة بعدها ياء مفتوحة آخر الحروف وذال معجمة ومعناه لا يليق وقوله تا بفتح التاء المثناة من فوق مقصورومعناه الى للغاية والحاصل من معنى هذا التركيب هى لا تليق بى الى يوم القيامة قوله همه بفتح الهاء والميم وسكون الهاء

ومعناه

ومعناه الجميع والمعنى هي لا تليق بي جميع عمري أو مدة عمري أو الى يوم القيامة ولو قال الزوج (حيلة زنان كن اقرار بالثلاث) أي بوقوع الطلقات الثلاث لان معنى كلامه افعلي حيلة النساء ومقصودهم بهذا احفظي عدتك أو عدي أيام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لا تشتغل بأمور العدة كما ينبغي الا بعد وقوع الثلاث ولو قال (حيلة خويش كن لا) يعني ليس باقرار بالثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم بخلاف الصورة الاولى قوله خويش بكسر الخاء المعجمة والواو ولا يتلفظ بها عندهم وبعدها ياء آخر الحروف ساكنة وشين معجمة ومعناه أنت هنا لانه يجي بمعنى آخر في غير هذا الموضع ولو قالت المرأة (كابين ترا بخشيدم) معناه وهبت لك المهر (مارا أزجنك بازدار) معناه خلصنا من نزاعك فالحكم في هذا أن الزوج (ان طلقها سقط المهر) لانه يكون في معنى الخلع على المهر أو الطلاق على المهر (والا) أي وان لم يطلقها (لا) يسقط لانه ما أجاب الى سؤالها لان سؤالها هو الطلاق حتى يسقط المهر قوله كابين بفتح الكاف بعدها ألف ساكنة وباء موحدة مكسورة وياء آخر الحروف ساكنة وفي آخره نون وهو اسم للمهر قوله ترا بضم التاء المثناة من فوق وبالراء المقصورة ومعناه لك وقوله بخشيدم بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الذال المعجمة وفي آخره ميم ساكنة ومعناه وهبت ومصدره بخشيدن (قال) المولى (لعبده يا مالكي أو قال لامته أنا عبدك لا يعتق) لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية له بخلاف قوله يا مولاي لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق ولو قال شخص (برمن سوكند أست) يعني على اليمين (اين كار) يعني هذا الفعل (نكنم) يعني لا أفعل فهذا (اقرار باليمين بالله تعالى) لانه أخبر عن يمينه على ترك هذا الفعل فيكون اقرارا باليمين فتى فعل يحنث في يمينه وتلزمه الكفارة قوله بر بفتح الباء الموحدة وسكون الراء يؤدي معنى على وقوله من بفتح الميم وسكون النون بمعنى أنا وقوله سوكند بفتح السين المهملة وسكون الواو وفتح الكاف الصماء وسكون النون والدال ومعناه اليمين وأست بفتح الهمزة وسكون السين المهملة وفي آخره تاء مثناة من فوق ساكنة وهي لفظة تذكر لربط الخبر بالمبتدا ليصح الاخبار عنه وقوله اين بكسر الهمزة وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره نون ساكنة أيضا تؤدي معنى هذا وقوله كار بالكاف وسكون الالف والراء وهو اسم للفعل وقوله نكنم مضارع منفي لان النون المفتوحة في أوله حرف النفي وكنم معناه أفعل للمتكلم وحده واشتقاقه من كردن الذي هو المصدر فالماضي كرد والمضارع كند والمتكلم وحده كنم ومع الغير كنيم بزيادة الياء قبل الميم (وان قال) شخص (برمن سوكند أست بطلاق) معناه على اليمين بالطلاق (لزمه ذلك) يعني يكون يمينا بالطلاق حتى اذا فعله تطلق امرأته (فان قال قلت ذلك) أي هذا القول (كذبا لا يصدق) لانه أخبر عن يمين منعقدة وقوله بعد ذلك قلت ذلك كذبا رجوع عنه فلا يصدق (ولو قال مرا سوكند خانه أست كي اين كار نكنم) معناه أنا حالف بيمين البيت أن لا أفعل هذا الفعل (فهو اقرار باليمين بالطلاق) لان اليمين مبناها على العرف وفي العرف يكنون بالبيت عن المرأة يقال بيتي قالت كذا يعنون به المرأة فقوله خانه اسم للبيت وكنى به عن امرأته وبقية الالفاظ قد فسرناها (قال) المشتري (للبائع بها باز ده) معناه رد الثمن (فقال

البائع بازدهم) يعني أرد (يكون فسخا للبيع) الذي كان بينهما لان استرداد الثمن ورده فسخ للعقد قوله بها بفتح الباء الموحدة والهاء المقصورة معناه الثمن وقوله را بفتح الراء يؤدي معنى تخصيص الاشارة كما قد ذكرنا وقوله بازده بفتح الباء الموحدة وسكون الالف وكسر الدال المهملة وسكون الهاء ومعناه اعط قوله بازدهم معناه أعطى (العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي) أي ما لم يقم المدعي بينته أنه في يد المدعى عليه ولا يكتفي فيه بذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه ذلك فلا تصح دعواه الا بالبينة أنه في يد المدعى عليه أو علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصحيح الدعوى عليه لانه يحتمل أن يكون في يد غيره فبإقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة (عقار متنازع فيه (لا في ولاية القاضي) يعني ليس في ولاية القاضي (لا يصح قضاؤه فيه) أي في ذلك العقار لانه لا ولاية له في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان أو الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان على قول من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه (اذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي أو) قال (بدا لي) أي ظهر لي (فيه غير ذلك أو) قال (وقعت في تلبيس الشهود أو) قال (أبطلت حكمي ونحو ذلك) نحو أن يقول رجعت عن حكمي أو فسخته أو نقضته أو رفعته ونحوها (لا يعتبر) ذلك (والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله (خبأ قوما) في موضع من البيت (ثم سأل رجلا) آخر عن شيء مثل دين له (فأقر به) المسؤول (و) الحال أنه (هم) أي القوم (يرونه) أي الرجل (ويسمعون كلامه وهو) أي الرجل (لا يراهم جازت شهادتهم) عليه بذلك الاقرار لانه موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن في اطلاق الشهادة (وان سمعوا كلامه) اي كلام الرجل (ولم يروه لا) تجوز شهادتهم عليه بذلك لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل أن يكون المقر غيره فلا تجوز لهم الشهادة عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليه بذلك (باع) شخص (عقارا و) الحال أن (بعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع) دعواه لانه تلبيس محض لان حضوره عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بأنه ملك البائع وان لا حق له فيه وتقييده بالقريب ينفي جواز سمع الغريب ولم يعين الشيخ القريب وفي الفتاوى لابي الليث عينه فقال ولو باع عقارا وابنه أو امرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن ملك أبيه وقت البيع اتفق مشايخنا على أنه لا تسمع مثل هذه الدعوى ولو باع ضيعة ثم ادعى أنها وقف عليه وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض لان اقدامه على البيع اقرار منه وان أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك وان أقام البينة على ذلك قيل تقبل فاذا قبلت انتقض البيع وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط (وهبت) امرأة (مهرها زوجها فماتت فطالب ورثتها مهرها منه (وقالوا) أي الورثة (كانت الهبة في مرض موتها وقال) الزوج (بل في الصحة فالقول له)

اى

أى للزوج والقياس أن يكون للورثة لانّ الهبة حادثة والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات وجه الاستحسان انهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج فالوارث يدعى العود عليه والزوج ينكر فالقول قول المنكر (اقر) رجل (بدين او غيره ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقرله على ان المقر ما كان كاذبا فيما أقرّ به ولست بمبطل فيما تدعيه عليه) أى على المقر هذا قول أبو يوسف استحسانا لانّ العادة جرت بين الناس أن يكتبوا الصك اذا أرادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس لانّ الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين (قال) رجل (لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت الآخر صار وكيلا) لانّ سكوته وعدم ردّه من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين وان قال من ساعته لا أقبل بطل وبقى الدين على حاله (وكلها) أى وكل رجل امرأته (بطلاقها لا يملك) الزوج الموكل (عزلها) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لانّ الوكيل هو الذى يعمل لغيره وهى عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبى ولو قال رجل لآخر (وكلتك بكذا على أنى متى عزلتك فانت وكيلى يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلى يقول) فى عزله (رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة) لانه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله ألف مرة لانّ كلمة كلما تقتضى تكرار الافعال لا الى نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل آخر لانه كلما عزله صار وكيلا فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة فى حقها لانه يحتاج الى عزل آخر بعد الرجوع وقيل يقول فى عزله كلما وكلتك فانت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والاول أوجه (قبض بدل الصلح شرط) فى المجلس (ان كان) الصلح (دينا بدين) بأن وقع على دراهم عن الدنانير أو على شئ آخر فى الذمة لانه صرف أو بيع وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين (والا) أى وان لم يكن دينا بدين (لا) يشترط قبضه لانّ الصلح اذا وقع على غير متعين لا يبقى دينا فى الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة فى الذمة وقد مرّ غير مرّة (ادعى رجل على صبى دارا فصالحه ابوه على مال الصبى فان كان للمدعى بينة جاز) الصلح (ان كان بمثل القيمة او اكثر) من القيمة (مما يتغابن فيه) بين الناس لانّ للصبى فيه منفعة وهى سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعى بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعى (وان لم يكن له) أى للمدعى (بينة أو كانت) البينة (غير عادلة لا يصح) لانّ الاب يصير متبرعا بمال الصبى بالصلح لا مشتريا لانه لم يستحق المدعى شيأ فى ماله لولا الصلح (قال) المدعى (لا بينة لى) على دعواى هذا الحق (فبرهن) اى ثم برهن أى أقام بينة (او) قال الشاهد (لا شهادة لى) لفلان فى حق بعينه (فشهد) أى ثم شهد (تقبل) البينة فى الاول وشهادة الرجل فى الثانى لانه يمكن أن يكون له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك وكذا فى الثانى بخلاف ما اذا قال ليس لى حق عليه ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه للتناقض (للامام الذى ولاه

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

الخليفة ان يقطع) من الاقطاع (انسانا من طريق الجادة) وهي الشارع الاعظم (ان لم يضر) ذلك (بالمارة) لعموم ولايته في حق الكافة فيما فيه نظر لهم وكان له ذلك من غير أن يلحق ضررا بأحد والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه وهو الذي يسمى اليوم سلطانا (من صادره السلطان) بأن أراد أن يأخذ منه مالا (ولم يعين) السلطان (بيع ماله) بل طلب منه جملة من المال (فباع ماله صح) أي بيعه لانه غير مكره به وانما باع باختياره وغاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالدائن اذا حبس المدون بالدين فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الايفاء لا في البيع (خوفها) أي خوف رجل امرأته (بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه (وان أكرهها) أي المرأة (على الخلع وقع الطلاق) لان طلاق المكره واقع (ولا يلزم المال) اذ الرضا شرط فيه وقد انعدم (ولو احالت) المرأة (انسانا على الزوج) ليأخذ منه عوض دينه مثلا (ثم وهبت المهر للزوج لا يصح) هبتها لانه تعلق به حق المحتال (اتخذ) رجل (بئرا في ملكه او) اتخذ (بالوعة فنزمنها) أي من البئر أو من البالوعة (حائط جاره وطلب) الجار (تحويله) أي تحويل ذلك الى موضع آخر (لم يجبر عليه) لانه تصرف في خالص ملكه (فان سقط الحائط منه) أي من ذلك أي من سبب النز (لم يضمن) صاحب البئر لان هذا تسبيب فلا يجب به الضمان الا بالتعدي كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن (عمر) رجل (دار زوجته بماله باذنها) أي باذن المرأة (فالعمارة) تكون (لها) لان الملك لها وقد صح أمرها بذلك (والنفقة) التي صرفها الزوج على العمارة (دين عليها) لانه غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر فصار كالمأمور بقضاء الدين (و) لو عمرها (لنفسه بلا اذنها) أي بلا اذن المرأة (فله) أي فالعمارة له أي للزوج لان الآلة التي بنى بها ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير الاذن فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك (و) اذا عمرها (لها) أي للمرأة (بلا اذنها فالعمارة لها) أي للمرأة (وهو متطوع) في البناء فلا يكون له الرجوع عليها به (ولو اخذ) شخص (غريمه فنزعه انسان من يده لم يضمن) النازع اذا هرب الغريم لان النزع سبب وهرب علة فيضاف الحكم اليها كما اذا حل قيد العبد فابق فانه لا يضمن لما ذكرنا وكن أمسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا (في يده) أي في يد رجل (مال انسان فقال له السلطان ادفع الي) هذا (المال والا أقطع يدك أو اضربك خمسين فدفع) المال الى السلطان (لم يضمن) الدافع لانه مكره عليه (وضع) رجل (منجلا) بكسر الميم وهو ما يحصد به الزرع (في الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل) لان الشرط أن يجرحه انسان أو يذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثاني اتفاقي حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه (كره من الشاة الحيا) مقصورا وهو الفرج (والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) لما روى الاوزاعي عن واصل بن أبي جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال أبو حنيفة رحمه الله الدم حرام وأكره الستة قلت لان الدم ثبت بالنص حرمته وكره ما سواه لانها مما تستخبثه النفس

وتكرهها

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

وتكرهها (للقاضى أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لقدرته على الاستخلاص بخلاف الاب والوصى والملتقط لعجزهم وقوله اللقطة منصوب عطفا على قوله مال الغائب (صبى حشفته ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا و) الحال أنه (لا تقطع جلدة ذكره الا بتشديد ترك) القطع لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان يوارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر ان قطع أكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما (كشيخ) أى كما يترك شيخ (أسلم وقال اهل البصيرة) أى أهل الخبرة والنظر (انه) أى ان الشيخ (لا يطيق الختان) للعذر الظاهر (ووقته) أى وقت الختان (سبع سنين) لانه سن التميز وقيل لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبل البلوغ وقيل أقصاه اثنتا عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل عشر سنين لانه يؤمر بالطهارة اذا بلغ عشرا اعتيادا أو تخلقا فيحتاج الى الختان وقيل ان كان هو يا يطيق ألم الختان ختن والا فلا وهو أشبه بالفقه وقال أبو حنيفة لا علم لى بوقته ولم يروعن أبى يوسف ومحمد فيه شئ وانما المشايخ اختلفوا فيه وختان المرأة ليس بسنة وانما هو مكرمة لانه ألذ للجماع وقيل سنة كالرجال (والمسابقة بالفرس والابل والارجل والرمى جائزة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا فى خف أو نصل أو حافر قلت ويجوز أيضا بالحمير والبغال لان الحافر يشملهما (وحرم شرط الجعل) بضم الجيم وهو الذى يسمى عند الناس الرهن (من الجانبين) بأن يقول ان سبق فرسك فلك على كذا وان سبق فرسى فلى عليك كذا وهو قمار فلا يجوز (لا) يحرم اذا كان (من احد الجانبين) بأن يقول ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ لى عليك لانه ليس بقمار لان المقامرة مفاعلة فتقتضى أن تكون من الجانبين وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز أيضا من أحد الجانبين لما فيه من تعليق التمليك بالخطر ولهذا لا يجوز فيما عدا الاربعة المذكورة فى الكتاب كالبغل وان كان الجعل مشروطا من احد الجانبين وفى الحديث اشارة اليه لانه خصص هؤلاء به والمراد به الاستباق بالجعل لان الاستباق بلا جعل يجوز فى كل شئ وشرطه أن تكون الغاية مما تحتملها الفرس وكذا شرطه أن يكون فى كل واحد من الفرسين احتمال السبق أما اذا علم ان أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز والمراد بالجواز المذكور فى باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضى ولا يقضى عليه به (ولا يصلى على غير الانبياء والملائكة عليهم السلام الا بطريق التبع) كما يقال اللهم صل على محمد وآله وذلك لان فى الصلاة من التعظيم ما ليس فى غيرها من الدعوات وهى لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك لمن تتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز (والاعطاء باسم النيروز والمهرجان لا يجوز) اراد الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال أبو حفص الكبير لو أن رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز وأهدى الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وفى الجامع الاصغر رجل اشترى يوم النيروز شيأ لم يكن يشتريه قبل ذلك ان أراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه المشركون كفر وان أراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر (ولا بأس بلبس القلانس) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

ذكره فى الذخيرة وهو جمع قلنسوة (وندب) أى استحب (لبس السواد) اخذوممن دخول النبى عليه الصلاة والسلام مكة وعلى رأسه عمامة سوداء والسواد شعار بنى العباس رضى الله عنهم (و) ندب أيضا (ارسال ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر) لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك وقيل قدر شبر وقيل الى موضع الجلوس (وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل) لانه أفضل منه قال الله تعالى قل هل يستوى الذين يعلمون والذين لايعلمون ولهذا يقدم فى الصلاة وهى أحد اركان الاسلام وهى تالية الايمان وقال تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم والمراد بأولى الامر العلماء فى أصح الاقوال والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يقدمون والعلماء ورثة الانبياء عليهم الصلاة والسلام على ماجاءت به السنة (ولحافظ القرآن أن يختم فى أربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لامجرد التلاوة فقدروا للختم أقله بأربعين يوما يقرأ فى كل يوم حزبا أو نصف حزب أو أقل والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الفرائض) *

هى جمع فريضة من الفرض وهو التقدير يقال فرض القاضى النفقة أى قدرها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولانبى مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة كقوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ولله على الناس حج البيت وانما السنة بينتها وهذا العلم من أشرف العلوم وقال عليه الصلاة والسلام العلم ثلاثة وماسوى ذلك فضل آية محكمة أوسنة قائمة أوفريضة عادلة وقد حث عليه الصلاة والسلام على تعليمه وتعلمه بقوله تعلموا الفرائض وعلموها فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شئ ينزع من أمتى وبقية الكلام فى كتب الفرائض مدونة (يبدأ من تركة الميت) وهو مايتركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا بعينه كالرهن والعبد الجانى والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حال حياته وان لم يكن يبدأ (بتجهيزه) من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أوقدر مايلبسه فى حياته من أوسط ثيابه أو من الذى كان يتزين به فى الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه (ثم دينه) بالجر أى يبدأ بوفاء دينه الذى له مطالب من جهة العباد لادين الزكوات والكفارات ونحوها لانه واجب فيقدم على الوصية لانها تبرع (ثم وصيته) بالجر أيضا أى ثم يبدأ بوصيته أى بتنفيذها من ثلث مابقى بعد التجهيز والدين وفى أكثر من الثلث لايجوز الا باجازة الورثة على مامر ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى بل هو شريك لهم حتى اذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه أو أكثر (ثم يقسم) الباقى (بين ورثته وهم) أى الورثة (ذو فرض) وفسره بقوله (اى ذوسهم مقدر) أى صاحب سهم مقدر فى الكتاب أو السنة ثم شرع يبين الفروض المقدرة بالفاء بقوله (فللاب السدس مع الولد وولد الابن) لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد وولد الابن ولد شرعا بالاجماع ودخوله فى الولد

من

من عموم المجاز وليس هو بجمع بين الحقيقة والمجاز وجميع أحوال الاب فى الفرائض ثلاث احداها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وان سفل والثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن والثالثة التعصيب المطلق وذلك اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن (والجد) أب الاب (كالاب) عند عدمه (ان لم يتخلل فى نسبته) الى الميت (أم) وهذا هو الجد الصحيح فيكون له السدس مع الولد وولد الابن (الا) استثناء من قوله كالاب يعنى الجد ليس كالاب فى مسئلتين أشار الى الاولى بقوله (فى ردها) أى فى رد الام أى أم الميت من ثلث الجميع (الى ثلث ما بقى) فى زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان الاب يردها اليه لا الجد وأشار الى الثانية بقوله (وحجب أم الاب) فان الاب يحجبها دون الجد وان تخلل فى نسبته الى الميت أم كان فاسدا فلا يرث الا على أنه من ذوى الارحام (فيحجب) الجد (الاخوة) كالاب لانه قائم مقامه وهذا على اطلاق قول ابى حنيفة على ما يجىء ان شاء الله فله الاحوال الثلاث التى ذكرناها فى الاب وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب لانه أقرب منه (وللام الثلث) عند عدم الولد وولد الابن وعند عدم الاثنين من الاخوة والاخوات على ما يجىء الآن (و) الام (مع الولد أو ولد الابن أو) مع (الاثنين من الاخوة والاخوات لا) ترث الثلث وانما ترث السدس ووقع فى بعض النسخ ومع الولد أو ولد الابن أو الاثنين من الاخوة والاخوات السدس أى ولها مع هؤلاء السدس ولفظ الجمع فى الاخوة فى قوله تعالى فان كان له اخوة يطلق على الاثنين فتحجب الام بهما من الثلث الى السدس من أى جهة كانا أو من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة وروى عن ابن عباس أنه لم تحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية (و) الام (مع الاب وأحد الزوجين ثلث الباقى بعد فرض احدهما) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو ثلث الباقى بعد فرض أحد الزوجين فصار للام ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين والسدس وابن عباس لا يرى ثلث الباقى بل يورثها ثلث الكل والباقى للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضى الله عنهم (وللجدة وان كثرن السدس ان لم يتخلل جد فاسد فى نسبتها الى الميت) وكن متحاذيات فى الدرجة ومعرفة الصحيحة من الفاسدة هى ان كل شخص له جدتان أم أم وأم أب ولابيه وأمه كذلك الى أن ينتهى الى آدم وحواء عليهما السلام فالصحيحة منهن من لا يتخلل فى نسبتها الى الميت ذكر بين اثنيين والفاسدة من يتخلل فى نسبتها كذلك اذ كل أب يدلى الى الميت بأنثى جد فاسد فمن يدلى به يكون فاسدا ذكرا كان أو أنثى واذا أردت تنزيل عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر أولا لفظ أم أم بمقدار العدد الذى تريده ثم تقول أم أم وتجعل مكان الام الاخيرة أبا ثم فى كل مرة تبدل مكان الام أبا على الولاء الى أن يبقى لفظة أم مرة واحدة مثاله اذا سئلت عن أربع جدات وارثات متحاذيات فقل أم أم أم أم بقدر عددهن لاثبات الدرجة التى يتصور أن يجتمعن فيه فانه لا يتصور أن يجتمعن الا اذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فأربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن الا فى الدرجة الرابعة فتقول أم أم أم أربع مرات فهذه واحدة منهن وهى من جهة الام ولا يتصور من جهتها وارثة أكثر من واحدة ثم تأتى بواحدة أخرى من جهة الاب فى درجتها فتقول أم أم أم الاب ثم تأتى باخرى من

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

جهة الجد فتقول أم أم أب الاب ثم تأتى بأخرى من جهة جد الاب فتقول أم أب أب الاب ولا يتصور أن يجتمع الوارثات فى هذه الدرجة أكثر من ذلك لان كل جد صحيح أمه وارثة وكذا أم أمه وان علت ولا يتصور أن تكون جدة وارثة من كل أب الا واحدة فتحتاج أن تأتى من الآباء قدرهن عددا الا واحدة وهى التى من جهة الام فانها لا تدلى بذكر والثانية تدلى بالاب فلهذا حذفت فى النسبة الثانية أما واحدة وأبدلت مكانها أبا والثالثة تدلى بالجد فلهذا أسقطت اثنين وأبدلت مكانهما اثنين والرابعة تدلى بجد الاب فلهذا أسقطت ثلاث أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء فهذا طريقه فى أكثر منهن الى ما لا يتناهى هذا لمعرفة الصحيحات فى هذه الدرجة واذا أردت أن تعرف ما بازاء الصحيحات من الفاسدات فخذ عدد الصحيحات واجعله بيمينك واطرح منه اثنين واجعلهما بيسارك ثم ضعف ما فى يسارك بعدد ما بقى فى يمينك فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعا فاذا أسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات من الفاسدات مثاله اذا سئلت عن أربع جدات صحيحات كم بازائهن من الفاسدات فخذ أربعة بيمينك واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك فاذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما بقى فى يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات أجمع فى هذه الدرجة فاذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربع بقى أربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن يشتركن فيه (وذات جهتين كذات جهة) يعنى اذا ترك جدتين احداهما ذات جهتين والاخرى ذات جهة واحدة فهما سواء حتى يقسم السدس بينهما نصفين عند أبى يوسف وعند محمد تستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما أثلاثا ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات الجهة الواحدة مثال ما تكون الواحدة ذات قرابتين أن تكون أم أم الام وهى أيضا أم أب الاب والاخرى ذات قرابة واحدة كأم أم الاب بهذه الصورة (والبعدى تحجب بالقربى) سواء كانت من جهة واحدة أو من جهتين وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة بالاب أو بالجد وفى رواية عن ابن مسعود رضى الله عنه لا يحجب الجدات الا الام وفى رواية عنه وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه ان القربى اذا كانت من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الام وبالعكس تحجب (والكل) أى ويحجب الكل أى كل الجدات (بالام) اذا كانت وارثة وعليه الاجماع وكذا الابويات منهن يحجبن بالاب اذا كان وارثا وروى ذلك عن عثمان وعلى والزبير وسعد وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وبه أخذ جمهور العلماء وروى عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبى موسى الاشعرى وأبى الطفيل عامر بن واثلة رضى الله عنهم انهم جعلوا لها السدس مع الاب وبه أخذ طائفة من أهل العلم من التابعين وغيرهم (وللزوج النصف ومع الولد او ولد الابن وان سفل الربع) لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم الخ ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مشمولا بالنص أو بالاجماع فصار له حالتان النصف والربع (وللزوجة الربع ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الثمن) لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم الخ وفى نسخة الشارح وللزوجة نصفه اى للزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الثمن (وللبنت النصف) لقوله

ميت

أب ـــــ ام

ام اب ام

ام ام

Digitized by Google Original from INDIANA UNIVERSITY

تعالى وان كانت واحدة فلها النصف (وللا كثر) من البنات (الثلثان) وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ علماء الامصار وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه جعل حكم الثنتين منهن مثل حكم الواحدة فجعل لهما النصف بظاهر النص (وعصبها) أى البنات (الابن وله) أى للابن (مثل حظهما) أى حظ الاثنتين يعنى يكون للابن مثل حظ الاثنتين (وولد الابن كولده عند عدمه) أى عند عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان فيعصبهن الذكور وعند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين (ويحجب) ولد الابن (بالابن) ذكورهم واناثهم فيه سواء لان الابن أقرب وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع أصلهن وان كن لا يدلين به بان كان عمهن فهو مساو لاصلهن فيحجبهن كما يحجب أولاده (و) اذا كان (مع البنت) الصلبية أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وان سفل أو المجموع كان (لاقرب الذكور) من الميت (الباقى) من المال بعد فرض البنت الصلبية لان الاقرب عصبة فيحجب الابعد وهذا انما يستقيم اذا لم يكن فى درجته بنت ابن وأما اذا كانت فى درجته بنت ابن فتشاركه فلا يكون الباقى من فرض البنت له وحده (وللاناث) أى لبنات الابن مع الواحدة الصلبية (السدس تكملة للثلثين) ومراده اذا لم يكن فى درجتهن ابن ابن وأما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه فلا يرثن السدس وانما كان لهن السدس عند انفرادهن (وحجبن) أى بنات الابن (ببنتين) صلبيتين لان ارثهن كان تكملة للثلثين وقد كمل ببنتين فيسقطن اذ لا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا (الا أن يكون معهن) أى مع بنات الابن (أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كان بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم وتسقط من دونه) وأراد بقوله معهن أن يكون فى درجتهن سواء كان أخالهن أو لم يكن وهذا مذهب على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وبه أخذ عامة العلماء وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال يسقطن بنات الابن ببنتى الصلب وان كان معهن غلام ولا يقاسمنه وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالتين من السدس والمقاسمة فأيهما أقل أعطين وتسمى هذه المسائل الاضرار على قول ابن مسعود رضى الله عنه ثم الاصل فى بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان أقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتى تليها فى القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وان سفلن مثاله ميت

لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض　　ابن　بنت　ابن　　ابن

وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من　　ابن　بنت　ابن　بنت　ابن

بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن　　ابن　بنت　ابن　بنت　ابن　بنت

أسفل من بعض بهذه الصورة فالعليا من　　ابن　بنت　ابن　بنت

الفريق الاول لا يوازيها أحد فيكون لها　　ابن　بنت

النصف والوسطى من الفريق الاول يوازيها العليا من الفريق الثانى فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولا شئ للسفليات الا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ان لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب

Digitized by Google　Original from INDIANA UNIVERSITY

الوسطى من الفريق الثانى والعليامن الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان مع السفلى من الفريق الثانى عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليامن الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض والمعنى ماذكرنا أن العليا تنزل منزلة البنت والبواقى منازل بنات الابن ولو كان مع العليا من الفريق الاول عصب أخته وسقطت البواقى كما ذكرنا فى الاولاد فصار لبنات الابن أحوال ست النصف للواحدة والثلثان للاثنين فصاعدا أو المقاسمة مع ابن الابن والسدس مع الصلبية الواحدة والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا أن يكون معهن غلام (والاخوات لاب وام كبنات الصلب عند عدمهن) أى عند عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الاخوة لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى قل الله يفتيكم فى الكلالة الآية (و) الاخوات (لاب) مع الاخوات لاب وأم (كبنات الابن مع الصلبيات) حتى يكون للواحدة من الاخوات لاب النصف عند عدم الاخوات لاب وأم وللثنتين فصاعدا الثلثان ومع الاخوة لاب للذكر مثل حظ الانثيين ومع الاخت الواحدة لاب وأم السدس تكملة للثلثين ويسقطن بالاختين لام وأب الا أن يكون معهن أخ لاب فيعصبهن (وعصبهن) أى عصب الاخوات لاب وأم أو لاب (اخوتهن و) عصبهن أيضا (البنت وبنت الابن) لقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وجعل الشيخ رحمه الله البنت ممن تعصب الاخوات وهو مجاز وفى الحقيقة لا تعصبهن وانما يصرن عصبة معها لانها والبنت بنفسها ليست بعصبة فى هذه الحالة فكيف تعصب غيرها بخلاف الاخوة على ما يجىء عن قريب ان شاء الله تعالى وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله عنهم وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه أسقط الاخوات بالبنت واختلفت الرواية فى الاخوة والاخوات مع البنت فى رواية عنه الباقى كله للاخوة وفى رواية أخرى عنه الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك لو كان مع البنت أخت لام وأب وأخ وأخت لاب وفى رواية الباقى للاخ وحده وفى رواية عنه بين الجميع للذكر مثل حظ الانثيين (وللواحد من ولد الام السدس وللاكثر الثلث ذكورهم كاناثهم) لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث المراد به أولاد الام لان أولاد الاب والام أو الاب مذكورون فى آية النصف على ماذكرنا من قبل ولهذا قرأها بعضهم وله أخ أو أخت لام (وحجبن) أى الاخوات كلهن (بالابن وابنه وان سفل و) كذلك حجبن (بالاب والجد) وان علا وكذلك الاخوة يحجبون بهم لان ميراثهم مشروط بالكلالة واختلف فيها هل هى صفة للميت أو للورثة أو للتركة وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها وأيا ما كان يشترط بتسميته به عدم الوالد والولد للميت فيسقطون بهم (والبنت تحجب ولد الام فقط) أى يحجب الاخ من الام وحدهم ولا تحجب الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب كما أن شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم وكذا بنت الابن لما أن ولد الابن ولد وقوله (وعصبة) بالرفع عطف على قوله ذو فرض فى أول الكتاب تقديره والورثة ذو فرض وعصبة ثم فسر العصبة بقوله (أى من أخذ الكل)

اى

أى كل المال (ان انفرد) يعنى اذا كان وحده (و) أخذ (الباقى) أى الذى يبقيه صاحب الفرض وهو معنى قوله (مع ذى سهم) أى مع صاحب سهم مقدر (والاحق الابن) أى أحقهم وأولاهم بالعصوبة جزء الميت وهو ابنه وان سفل وغيرهم محجوبون بهم (ثم ابنه) أى ثم الاحق ابن الابن لانه يقوم مقامه (وان سفل) ابن الابن الى غير نهاية (ثم الاب) أى ثم الاحق بالعصوبة أصل الميت وهو الاب (ثم أب الاب وان علا) الى غير نهاية (ثم الاخ) أى ثم الاحق جزء الاب وهو الاخ (لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب) لانهم جزء الاب فيقدمون على الاعمام (ثم) الاحق بالعصوبة بعد هؤلاء (الاعمام) لانهم جزء الجد فكانوا أقرب (ثم اعمام الاب ثم اعمام الجد على الترتيب) الذى ذكرناه فى الاخوة وهو أن يقدم العم لاب وأم على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وأم وكذا يعمل فى اعمام الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء فى الدرجة وعند التفاوت فى الدرجة يقدم الاعلى (ثم) الاحق بعد هؤلاء (المعتق) وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب (ثم) الاحق (عصبته) أى عصبة المعتق (على الترتيب) الذى ذكرناه بأن يكون جزء المولى أولى وان سفل ثم أصوله ثم جزء أبيه ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت هذا اذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب على الترتيب الذى ذكرناه (و) النساء (اللاتى فرضهن النصف والثلثان) وهن البنات وبنات الابن والاخوات لاب وأم والاخوات لاب (يصرن عصبة باخوتهن لا غير) هذا فى البنات والاخوات ظاهر لان عصوبتهن تقتصر عليه وأما بنات الابن فانهن يصرن عصبة بأبناء أعمامهن أيضا وان سفل كما ذكرناه فى مسائل التشبيب فيكون معناه فى حقهن باخوتهن أو بمن له حكم اخوتهن وذكر الشيخ العصبات هنا واستوفى ذكرها الا العصبة مع الغير وهو الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن لانه ذكرهن فيما تقدم (ومن يدلى بغير يحجب به) أى بذلك الغير (سوى ولد الام) فانه يدلى بالام فلا تحجبه بل تحجب بالاثنين منهم من الثلث الى السدس على ما بينا (والمحجوب يحجب كالاخوين أو الاختين يحجبان الام من الثلث الى السدس مع الاب) وهما لا يرثان معه لان ارث الاخوة مشروط بالكلالة وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة (لا) يحجب (المحروم) عن الارث (بالرق) أى بسبب الرق (و) بسبب (القتل مباشرة) أى من حيث المباشرة وهو الذى يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو بقصاص لا يوجب الحرمان عندنا وعند الشافعى يتعلق الحرمان بمطلق القتل حتى لا يرث عنده اذا قتله بقصاص أو رجم أو كان القريب قاضيا فحكم بذلك أو شاهدا يشهد به أو باغيا فقتله أو شهر عليه سيفا فقتله دفعا كل ذلك يمنع الارث عنده وهذا لا معنى له لان الشارع أوجب عليه أو أجاز له قتله والمراد بقوله عليه السلام ليس للقاتل شئ من الميراث هو القتل بالتعدى دل عليه قوله عليه السلام ليس للقاتل شئ من الميراث بعد صاحب البقرة أى قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعديا (و) بسبب (اختلاف الدين) أى الاختلاف بين الاسلام والكفر لقوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبادة الوثن فلا يمنع الارث حتى يجرى التوارث بين اليهود والمجوس والنصارى

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

لان الكفر كله ملة واحدة (أو) اختلاف (الدار) والمؤثر فى منع الارث هو الاختلاف حكما حتى لا يعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجرى الارث بين المستأمن والذمى فى دارنا ولا فى دار الحرب ويجرى بينه وبين من هو فى داره لان المستأمن اذا دخل الينا أو اليهم من أهل داره حكما وان كان فى غيره حقيقة والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الاسلام ودار الحرب ودارين مختلفين من دار الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم والارث يكون بالولاية (والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلمين) لانه محتاج مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة للملك كالمسلم (ولو حجب احدهما) أى أحد الكافرين (فبالحاجب) أى فيرث بالحاجب أراد أنه اذا اجتمع فى الكافر قرابتان لو تفرقتا فى شخصين حجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب وان لم يحجب يرث بالقرابتين كما اذا تزوج مجوسى أمه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت على أنه ابن ولا يرث على أنه ابن الابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت له بنتا كان الابن ترث الثلثين النصف على انها بنت والسدس على انها بنت الابن تكملة الثلثين وترث من ابيها على انها بنت ولا ترث على انها أخت من أم لان الاخت تسقط بالبنت ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من أمها النصف على انها بنت وترث الباقى على انها عصبة لانها أختها من أبيها وهى عصبة مع البنت وان مات أبوها ترث النصف على انها بنت ولا ترث على انها بنت بنت لانها من ذوى الارحام فلا ترث مع وجود ذى سهم أو عصبة وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وفى رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهما أنها ترث بأثبت القرابتين وآكدهما أى بأقواهما وبه أخذ مالك والشافعى والصحيح الاول (لا) يرث الكافر (بنكاح محرم) كما اذا تزوج المجوسى أمه أو غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح (ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الام فقط) لان نسبه من جهة الاب منقطع فلا يرث به ومن جهة الام ثابت فيرث به أمه واخوته من الام بالفرض لا غير وكذا ترثه أمه واخوته من أمه فرضا لا غير ولا يتصور أن يرث هو أو يورث بالعصوبة الا بالولاء أو الولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقه أو ولده بذلك (ووقف للحمل حظ ابن) أى نصيب ابن واحد عند أبى يوسف وعنه يوقف نصيب ابنين وهو قول محمد لان ولادة الاثنين معتادة وعن أبى حنيفة أنه يوقف نصيب أربع بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لانه يتصور ولادة أربعة فى بطن واحد فيترك نصيبهم احتياطا والفتوى على الاول (ويرث) الحمل (ان خرج أكثره) وهو حى (فمات لا) يرث ان خرج (أقله) وهو حى فمات لان انفصاله من البطن حيا شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر صدره وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته (ولا توارث بين الغرقى) وهو جمع غريق يعنى اذا ماتوا فى الغرق (والحرقى) جمع حريق يعنى اذا ماتوا من الاحتراق ولا يدرى ايهم مات أولا جعلوا كأنهم ماتوا جميعا معا فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا (الا اذا علم ترتيب الموتى) فيرث حينئذ المتأخر من المتقدم وهو قول أبى بكر وعمر وزيد واحدى الروايتين عن على رضى الله عنهم وقال ابن مسعود رضى الله عنه يرث بعضهم بعضا الا ما ورث كل واحد منهما من صاحبه وهو احدى الروايتين عن على رضى الله عنه

(وذو

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

(وذو رحم) بالرفع عطف على قوله وعصبة يعنى الورثة ذو فرض وعصبة وذو رحم ثم فسر ذا الرحم بقوله (هو قريب ليس بذى سهم) أى ليس صاحب فرض مقدر (و) لا (عصبة) وهو يرث عند عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم غير زيد بن ثابت فانه قال لا ميراث لذوى الارحام بل يوضع فى بيت المال وبه أخذ مالك والشافعى والاصح ما قلنا لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله فتوارثوا بالنسب ولما روى المقداد بن معديكرب عن النبى عليه الصلاة والسلام قال من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه احمد وأبو داود وآخرون وعلى هذا كانت الصحابة حتى روى عن عمر رضى الله عنه فى عم لام وخالة أعطى العم الثلثين والخالة الثلث وكثير من أصحاب الشافعى خالفوه منهم ابن سريج وذهبوا الى توريث أولى الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى فى زماننا لفساد بيت المال وصرفه فى غير المصارف (ولا يرث) ذو رحم (مع) وجود (ذى سهم) أى صاحب فرض (وعصبة سوى أحد الزوجين) فيرث ذو الرحم معه (لعدم الرد عليهما) لان العصبة أولى منه وكذا الرد على ذى السهام أولى منه لانهم أقرب الا الزوجين فانهما الاقرابة لهما مع الميت وارثهما نظير الدين فان صاحب الدين لا يرد عليه ما فضل بعد قضاء الدين فكذا لا يرد عليهما ما فضل من فرضهما على ذلك كان عامة الصحابة وكان عثمان رضى الله عنه يرد على الزوجين أيضا وكان زيد بن ثابت لا يرى الرد على احد من ذوى الفروض وما فضل منهم يوضع فى بيت المال عنده وفى القنية ويفتى بالرد على الزوجين فى زماننا لفساد بيت المال (وترتيبهم) أى ترتيب ذوى الارحام فى الارث (كترتيب العصبات) تقدم فروع الميت كاولاد البنات وان سفلوا ثم أصوله كالاجداد الفاسدين والجدات الفاسدات وان علوا ثم فروع أبويه كاولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنى الاخوة لام وان نزلوا ثم فروع جديه وجدتيه كالعمات والاعمام لام والاخوال والخالات وان بعدوا فصاروا اربعة أصناف (والترجيح بقرب الدرجة) لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد فى كل صنف منهم كما فى العصبات (ثم) اذا استووا فى الدرجة (بكون الاصل وارثا) يعنى من يدلى بوارث أولى من كل صنف لان الوارث أقوى قرابة من غير الوارث (وعند اختلاف جهة القرابة) بأن كان بعض ذوى الارحام من من جهة الاب وبعضهم من جهة الام (فلقرابة الاب) حينئذ (ضعف قرابة الام) بأن يكون لمن هو من جهة الاب الثلثان ومن جهة الام الثلث وهذا لا يتصور فى الفروع وانما يتصور فى الاصول والعمات والاخوال (وان اتفقت الاصول) يعنى ان اتفقت صفة من يدلون به فى الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها (فالقسمة) حينئذ (على الابدان) حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والمراد بالاصول المدلى بهم سواء كانوا أصولا لهم أو لم يكونوا (والا) أى وان لم تتفق صفة الاصول (فالعدد) أى فيعتبر العدد (منهم) أى من الفروع (والوصف من بطن) الذى (اختلف) فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد من ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذى فى ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والانثى الواحدة اناثا بعدد فروعها ويعطى الفروع ميراث الاصول واذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أول بطن اختلف

على الصفة التى ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما أصاب الذكور يجمع ويقسم على أول بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما أصاب الاناث وهكذا يعمل الى أن ينتهى الى الذين هم أحياء وهذا قول محمد رحمه الله وعند أبى يوسف والحسن بن زياد يعتبر أبدان الفروع سواء اتفقت صفة الاصول فى الذكورة والانوثة أو اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر تعتبر الجهتان والجهات فيرث بكل جهة غير أن أبا يوسف يعتبرها فى الفروع ومحمدا فى الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث الا بجهة واحدة عند أبى يوسف وذو الرحم يرث بالجهتين عنده فى الصحيح وقول محمد أصح فى ذوى الارحام جميعا وهو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة (والفروض) المقدرة فى كتاب الله عز وجل (نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس ومخارجها) أى مخارج هذه الفروض المذكورة وهى الستة سبعة الاول (اثنان) مخرج النصف (و) الثانى (أربعة) مخرج الربع (و) الثالث (ثمانية) مخرج الثمن (و) الرابع (ثلاثة) مخرج الثلثين والثلث (و) الخامس (ستة) مخرج السدس وهو معنى قوله (بسميها) أى بسمى الاربعة والثمانية والثلاثة والستة لان مخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذى يشاركه فى الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس بسمى له فلذلك قيد بقوله اثنان مخرج النصف هذا كله عند الانفراد وان جاء مختلطا بغيره فلا يخلو اما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالنوع الآخر فالاول مخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا لجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج للثمن والستة مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه والثانى يكون مخرجهما من أقل عدد يجمعهما (و) السادس (اثنا عشر) مخرج الاربعة والستة بالاختلاط وذلك لان مخرج الربع الذى هو الاربعة يوافق مخرج السدس الذى هو الستة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما فى جميع الآخر يبلغ اثنى عشر ومنه يخرج الجزآن (و) السابع (أربعة وعشرون) مخرج الثلاثة والثمانية بالاختلاط وذلك لان مخرج الثلث الذى هو الثلاثة لا يوافق الثمانية فاضرب الثلاثة فيها تبلغ أربعا وعشرين فمنه يخرج الجزآن وقوله (بالاختلاط) قيد لقوله اثنا عشر ولقوله أربعة وعشرون وقد ذكرناه (وتعول) هذه المخارج (بزيادة) من أجزاء المخرج فترتفع المسئلة أى تعول والعول الارتفاع ومنه عال الميزان وذلك اذا اجتمع فى مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفى أجزاء المخرج لذلك فيحتاج الى العول حينئذ ثم شرع يبين الذى يعول والذى لا يعول بقوله (فستة تعول الى عشرة وترا) أى من حيث الوتر وأراد به السبعة والتسعة (وشفعا) أى من حيث الشفع وأراد به الثمانية مثال عولها الى سبعة زوج وأختان لابوين أو لاب أو زوج وجدة وأخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم أو زوج وثلاث أخوات متفرقات أو زوج وأم وأخت من أب أو زوج وأختان من أبوين وأخت من أم أو زوج وأم وأختان من أب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاثة أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب وأختان من أم أو زوج وأختان من الابوين وأم وأخت من أم ومثال عولها الى عشرة زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم (واثنا عشر) تعول (الى سبعة عشر وترا) وأراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر مثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وأم أو زوجة وأختان

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

لابوين وأخت لام أو زوج وبنتا ابن وأم أو جدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وأبوان أو زوجة واختان لاب واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر أربع أخوات لام وثمان أخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات (وأربعة وعشرون) تعول (الى سبعة وعشرين) ومافيها الا عولة واحدة وهى المنبرية وهى زوجة وبنتان وأبوان سميت بذلك لان عليا رضى الله عنه سئل عنها وهو على المنبر يخطب فقال صار ثمنها تسعا مرتجلا ومضى فى خطبته ولا تعول أكثر من ذلك الا عند ابن مسعود رضى الله عنه فانها تعول عنده الى أحد وثلاثين فيما اذا ترك امرأة وأختين لام وأما وأختين لاب وابنا كافرا أو رقيقا أو قاتلا له لان من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان فيكون للمرأة الثمن عنده وللام السدس وللاختين لاب الثلثان وللاختين لام الثلث ومجموع ذلك أحد وثلاثون (وان انكسر حظ فريق) أى نصيب طائفة من الورثة (ضرب وفق العدد) وهو الرؤس (فى الفريضة) وهى السهام (ان وافق) العدد أراد ان كان بين الرؤس والسهام موافقة يضرب وفق عددهم فى الفريضة وهى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فالمبلغ تصحيح المسئلة كجدة وأخت لام وعشرين أختا لاب أصلها من ستة فللجدة سهم وكذا للاخت لام وللاخوات لاب أربعة لا تنقسم عليهن ويوافق رؤسهن بالربع فاضرب ربع رؤسهن وهو خمسة فى أصل المسئلة وهى ستة تبلغ ثلاثين فمنها تصح (والا) أى وان لم يوافق العدد أعنى الرؤس السهام (فالعدد) أى فيضرب العدد أى عدد الرؤس (فى الفريضة) أى فى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة (فالمبلغ مخرج) التصحيح مثاله زوج وسبع أخوات لاب أصلها من ستة وتعول الى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللاخوات الثلثان أربعة فلا ينقسم عليهن ولا يوافق فاضرب رؤسهن فى الفريضة تبلغ تسعة وأربعين فمنها تصح (وان تعدد الكسر) أراد به اذا انكسر على أكثر من طائفة (وتماثل) عدد رؤس المنكسر عليهم (ضرب) فريق (واحد) فى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو تصحيح المسئلة مثاله ست أخوات لاب وأم وثلاث أخوات لام وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات لاب وأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ثلاثة وللاخوات لام الثلث سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد متماثلة فاضرب واحدا منها فى الفريضة تبلغ أحدا وعشرين فمنها تصح (وان تداخل) عدد رؤس المنكسر عليهم (فالاكثر) أى ضرب الاكثر أى أكثر الاعداد مثاله أربع زوجات وثلاث جدات واثنا عشر عما أصلها من اثنى عشر للزوجات الربع ثلاثة وللجدات السدس سهمان وللاعمام ما بقى سبعة ولا موافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد متداخلة فاضرب أكثرها وهو اثنا عشر فى أصل المسئلة وهو اثنا عشر يكن مائة وأربعة وأربعين منها تصح (وان توافق) أعداد الرؤس (فالوفق) أى فيضرب وفق أحدها فى جميع الآخر (والا) أى وان لم يوافق (فالعدد) أى فيضرب العدد أى يضرب جميع أحدها فى جميع الآخر وقوله (ثم وثم) أى ثم يضرب ما بلغ فى وفق الثالث ان وافق المبلغ الثالث وان لم يوافق فيضرب كله فيه أقوله (ثم المبلغ) أى ثم يضرب المبلغ أى ما بلغ يضرب (فى الفريضة) فما بلغ تصح منه (و) يضرب

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

فى (عولها) ان كانت عائلة مثال الموافقة أربع زوجات وثمان عشرة اختا لام واثنتا عشرة جدة وخمس عشرة أختا لاب أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللاخوات لام الثلث أربعة لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف تسعة وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ستة وللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر تبلغ ثلاثين ثم بين الثلاثين والتسعة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر تبلغ تسعين ثم بين التسعين والاربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما فى جميع الآخر تبلغ مائة وثمانين ثم اضرب المائة والثمانين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ ثلاثة آلاف وستين فمنها تصح ومثال المباينة خمس أخوات لاب وثلاث أخوات لام وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا ينقسم عليهن وللاخوات لام الثلث أربعة لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ ستين والستون لا توافق السبعة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ أربعمائة وعشرين ثم اضرب أربعمائة وعشرين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح (ومافضل) عن فرض ذوى الفروض (يرد على ذى الفرض بقدر فرضه) أى بقدر سهمه (سوى الزوجين) فانه لا يرد عليهما وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وقال زيد بن ثابت الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعى وعند عثمان رضى الله عنه يرد على الزوجين أيضا وقد ذكرناه (فان كان من يرد عليه من جنس واحد فالمسئلة) تكون (من رؤسهم كبنتين أو أختين) لانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا كابنين أو أخوين فيجعل المال بينهما نصفين والمراد بالاختين أن يكونا من جنس واحد بأن يكون كلاهما لاب أو لام أو لابوين (والا) أى وان لم يكن من يرد عليه جنسا واحدا بان كانا جنسين أو أكثر (فمن سهامهم) أى فتجعل المسئلة من سهامهم (فمن اثنين) أى فتجعل من اثنين (لو) اجتمع (سدسان) كجدة وأخت لام (و) تجعل من (ثلاثة لو) اجتمع (ثلث وسدس) كاخوين لام وجدة أو أم وأخ لام أو أم وأخوين لام (و) تجعل من (أربعة لو) اجتمع (نصف وسدس) كبنت وبنات ابن أو أخت لابوين وأخوات لاب أو أخت لاب وأخ لام أو جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث (و) تجعل من (خمسة لو) اجتمع (ثلثان وسدس) كام أو جدة مع من يستحق الثلثين من الاناث أو أختان لاب وأخ لام (أو) اجتمع (نصف وسدسان) كبنت وبنت ابن وأم أو جدة وأخت لام وأخت لاب أو ثلاث أخوات متفرقات أو أم وأخت لام وأخت لاب (أو) اجتمع (نصف وثلث) كأم وأخت لابوين أو أخوين لام وأخت لابوين أو لاب ولا يتصور أن يجتمع فى باب الرد أكثر من ثلاث طوائف (ولو) كان (مع الاول) وهو ما اذا كانوا جنسا واحدا (من لا يرد عليه) وهو أحد الزوجين (أعط فرضه من أقل مخارجه) أى مخارج الفرض (ثم اقسم الباقى على من

يرد

يردّ عليه كزوج وثلاث بنات) للزوج الربع فاعطه من أقل مخارج الربع وهو اربعة فاذا أخذ ربعه وهو سهم بقى ثلاثة أسهم فاستقام على رؤس البنات (وان لم يستقم) الباقى من فرض من لا يردّ عليه ينظر (فان وافق) الباقى من فرض من لا يردّ عليه (رؤسهم كزوج وست بنات فاضرب وفق رؤسهم فى مخرج فرض من لا يردّ عليه) ففى الصورة المذكورة موافقة بالثلث فرد رؤسهنّ الى ثلثه اثنين ثم اضربه فى أربعة (والا) أى وان لم يوافق الباقى رؤسهم (فاضرب كل رؤسهم) فى مخرج فرض من لا يردّ عليه (كزوج وخمس بنات) فانه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤسهنّ وهو الخمسة فى الاربعة فالمبلغ فى الوجهين تصحيح المسئلة فتصح فى الاول من ثمانية وفى الثانى من عشرين لانك فى الاول ضربت اثنين فى أربعة وفى الثانى خمسة فى أربعة فيأخذ الزوج فى الاول سهمين يبقى ستة فلكل واحدة من البنات سهم ويأخذ فى الثانى خمسة فيقسم الباقى على خمسة نصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم (ولو) كان (مع الثانى) وهو الطائفتان أو أكثر (من لا يردّ عليه فاقسم ما بقى من مخرج فرض من لا يردّ عليه على مسئلة من يردّ عليه) وهو سهامهم (كزوجة وأربع جدات وست اخوات لام) للزوجة الربع فاعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة تبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة لانّ سهامهنّ ثلاثة (وان لم يستقم) الباقى من فرض من لا يردّ عليه على سهام من يردّ عليه أى على مسئلتهم (فاضرب سهام من يردّ عليه فى مخرج فرض من لا يردّ عليه كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات) فسهام من يردعليه هنا خمسة أربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقى من فرض من لا يردعليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة فى الثمانية تبلغ أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن الخمسة والباقى لمن يردّ عليه ثم شرع يبين سهام كل فريق من هذا المبلغ بقوله (ثم اضرب سهام من لا يردّ عليه فى مسئلة من يردّ عليه وسهام من يردّ عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يردّ عليه) مثلا اذا أردت معرفة سهام الزوجات فى المثال المذكور فاضرب سهما فى خمسة فهو نصيبهنّ واذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهنّ من خمسة وهو أربعة فيما بقى من فرض من لا يردعليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهنّ وللجدات سهم يضرب فى سبعة بسبعة ثم أشار الى بيان معرفة التصحيح بقوله (وان انكسر) على البعض أو الكل (فصحح) المسئلة (كما مر) فى الطرق المذكورة لانّ السهام اذا لم تنقسم على أربابها احتيج الى التصحيح فالمسئلة الاولى تصح من ثمانية وأربعين والثانية من ألف وأربعمائة وأربعين ثم أشار الى بيان المناسخة بقوله (وان مات البعض) أى بعض الورثة (قبل القسمة) أى قبل قسمة التركة (فصحح مسئلة الميت الاوّل وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسئلة الميت الثانى وانظر بين ما فى يده من التصحيح الاوّل وبين التصحيح الثانى ثلاثة أحوال) وهى التوافق والتباين والاستقامة (فان استقام ما فى يده من التصحيح الاوّل على التصحيح الثانى فلا ضرب) حينئذ (وصحتا) أى الفريضتان فريضة الميت الاوّل وفريضة الميت الثانى (من تصحيح الميت الاوّل وان لم تستقم فان كان بينهما) أى بين ما فى يده وهو نصيبه من الاوّل وبين فريضته وهى التصحيح الثانى (موافقة فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الاوّل وان كان بينهما) أى بين ما فى يده وفريضته وهى التصحيح الثانى (مباينة فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح

Digitized by Google
Original from INDIANA UNIVERSITY

الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين) أى مابلغ من الضرب تصحيح الفريضتين فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثانى فاذا عرفت ذلك تحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الاول والثانى بالطريق المذكور فى التصحيح أشار اليه بقوله (واضرب سهام ورثة الميت الاول فى تصحيح الثانى أو وفقه و) اضرب (سهام ورثة) الميت (الثانى فى نصيب الميت الثانى أو وفقه) أى فى نصيبه من الفريضة الاولى وان كان فيهم من يرث من الميتين ضربت نصيبه من الاول فى الفريضة الثانية أو فى وفقها ونصيبه من الثانى مافى يد الميت الثانى أو فى وفقه ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثانى مقام الاول والثالث مقام الثانى فى العمل ولو مات رابع فاجعل المبلغ الثالث مقام الاولى والرابع مقام الثانية وهكذا كلما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانية والمبلغ الذى قبله مقام الاولى الى مالا يتناهى ولهذا أمثلة كثيرة مسطرة فى علم الفرائض طوينا ذكرها طلبا للاختصار واعتمادا على كتب الفرائض المستعملة (ويعرف حظ) اى نصيب (كل فريق من التصحيح بضرب مالكل من أصل المسئلة فيما ضربته فى أصل المسئلة) اى يضرب نصيب كل فريق من اصل المسئلة فى مبلغ الرؤس وهو المضروب فى الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق (و) يعرف (حظ) أى نصيب (كل فرد) من افراد الفريق (بنسبة سهام) أى بأن ينسب سهام (كل فريق من أصل المسئلة الى عدد رؤسهم) أى رؤس ذلك الفريق حال كونه (مفردا) معناه أن ينسب الى فريق واحد من غير ضم فريق آخر عند النسبة (ثم يعطى) كل واحد من آحاد الفريق (بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد) من افراد الفريق (وان أردت قسمة التركة بين الورثة أو الغرماء فاضرب سهام كل وارث من التصحيح فى كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح) وكذا الدين بأن يضرب دين كل غريم فى التركة ويقسم الخارج على مجموع الدين وهذا اذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة وان كانت بينهما موافقة فاضرب سهام كل واحد من الورثة ودين كل غريم فى وفق التركة ومابلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث أو الدائن لانه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح (ومن صالح من الورثة على شئ فاجعله كأن لم يكن ثم اقسم الباقى على سهام من بقى) لان المصالح لما ترك بشئ أعطوه جعل مستوفيا نصيبه وخرج من البين فبقى الباقى مقسوما على سهامهم

قال رحمه الله تعالى قد نجز تحريره وتنقيحه على يد مؤلفه ومسطره العبد الفقير الى الله الغنى أبى محمد محمود بن احمد العينى عامله ربه ووالديه بلطفه الجلى والخفى يوم الاربعاء أول النهار العشرين من ذى الحجة الحرام المحرم عام ثمانية عشر وثمانمائة من الهجرة النبوية بمدرسته التى أنشأها بالقاهرة بخط حارة كتامة بالقرب من الجامع الازهر عمرها الله تعالى بذكره بحرمة محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وكان الفراغ من تسويده وتبييضه أولا يوم الجمعة الخامس عشر من ربيع الآخر عام ستة عشر وثمانمائة من الهجرة النبوية بعد ان بدأ فيه غرة المحرم من سنة ست عشرة زمام تلك السنة المذكورة مع تخلل الحوادث والنكبات وعروض ماركب القلب والقالب من الهموم والحسرات من شين بهتان ودين انسان وهم الاولاد

والنسوان

Digitized by Google
Original from
INDIANA UNIVERSITY

والتسوان وحسد الاخوان والخلان وضيق ما تبسط به اليدان والشكوى الى الله وعليه التكلان والحمد لله أولا وآخرا ما رمق الانسان والصلاة على من بعث من بنى عدنان عند انتهاء الوقت والزمان وعلى آله وصحبه ذوى الفضل والاحسان

(يقول المتوسل الى الله بالقطب الحقيق ابراهيم عبد الغفار الدسوقى)

قد تم بعون الملك القدير الاعز طبع شرح العينى على متن الكنز فى مذهب الامام الاعظم أبى حنيفة النعمان المؤيد بصحيح القياس وواضح البرهان على ذمة من ضرب بالسهمين وحاز فضيلة الشرفين وتخلق بآداب العلم والتعليم السيد محمد عبد الرحيم بدار الطباعة العامرة ذات الصنائع الباهرة المتحلية بأبهى حلل الجمال المتجلية فى أبهج حلى الكمال المتوفرة دواعى مجدها المشرقة كواكب سعدها المشمولة بنظر من عليه أحاسن اخلاقه تثنى حضرة حسين بك حسنى فى ظل من تعطرت الافواه بثنائه وبلغ من كل وصف جميل حد انتهائه وارث الملوك الاماجيد وسلالة السراة الصناديد الجامع بين طارف المجد وتالده والمسند أحاديث الخديوية عن جده ووالده ذى الحلم الذى تستخف بالنسبة له الاطواد والمآثر التى لا يفى ببعضها تعداد من ذلل بهممه الصعاب وتملك بمننه الرقاب عزيز الديار المصرية وحامى حمى حوزتها النيلية ذى المآثر الشهيرة والفخر الجلى جناب الخديو اسمعيل بن ابراهيم بن محمد على متع الله الوجود بدوام وجوده ولا زالت منهلة على رعاياه سحائب كرمه وجوده ولما تهيأ للتمام ولبس وشاح الختام انطلق يقرظه أدهم البراعة فى ميدان البراعة فقال مؤرخا تمام طبعه ومثنيا على حسن وضعه

ما رياض سحت المزن بها * فكستها سندسى القز
غرد الشحرور فيها فأتى * بلحون مطربات الطرز
بأحيلى منظرا من شارح * مازج للكنز مزج الخز
هو للعينى امام الفضل فى * مذهب النعمان مولى العز
من بحزه مدركا ما قد حوى * يشتفى من داء جهل مخزى
جاد طبعا فاستفد حوزته * تمس ممن يقتنى بالحوز
تم لما تم طبعا أرخوا * تم طبعا شرح عينى الكنز

٧ ٤٤٠ ٨٢ ٥٠٨ ١٤٠ ١٠٨

١٢٨٥

وكان تمام طبعه وايناع ثمرة طلعه ووضعه فى هذا الشكل اللطيف المثال فى أواسط شهر شوال من التاريخ المذكور من هجرة من بعث بأحكم الامور سيدنا محمد ختام الرسل الكرام عليه وعلى آله أفضل الصلاة والسلام

آمين

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

(فهرسة الجزء الثانى من العينى على الكنز)

	صحيفة
كتاب البيوع	٢
باب خيار الشرط	٨
باب خيار الرؤية	١٢
باب خيار العيب	١٥
باب البيع الفاسد	٢٢
فصل فى بيان أحكام تصرفات البائع والمشترى فى الثمن والمبيع وفيما يكره من البيوع وما لا يكره	٣٠
باب الاقالة	٣٣
باب التولية	٣٥
فصل فى بيان أحكام البيع قبل قبض المبيع والتصرف فى الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك	٣٨
باب الربا	٤١
باب الحقوق فى المبيع	٤٥
باب الاستحقاق	٤٦
فصل فى بيع الفضولى	٤٨
باب السلم	٥٠
مسائل متفرقة	٥٧
كتاب الصرف	٦٢
كتاب أحكام الكفالة	٦٧
فصل فى مسائل متفرقة من جنس هذا الباب	٧٥
باب كفالة الرجلين والعبدين	٧٨
كتاب الحوالة	٨٠
كتاب القضاء	٨٢
فصل واذا ثبت الحق للمدعى أمره بدفع ما عليه	٨٦
باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره	٨٧
باب التحكيم	٩٢
مسائل شتى	٩٣
كتاب الشهادة	٩٩
باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل	١٠٤
باب الاختلاف فى الشهادة	١٠٩
باب الشهادة على الشهادة	١١٢
كتاب الرجوع عن الشهادة	١١٥
كتاب الوكالة	١١٨
باب الوكالة بالبيع والشراء	١٢١
باب الوكالة بالخصومة والقبض	١٢٩
باب عزل الوكيل	١٣١
كتاب الدعوى	١٣٣
باب التحالف	١٣٩
باب ما يدعيه الرجلان	١٤٣
باب دعوى النسب	١٥٠
كتاب الاقرار	١٥٣
باب الاستثناء وما فى معناه	١٥٨
باب اقرار المريض دين الصحة	١٦١
كتاب الصلح	١٦٣
فصل فى أقسام الصلح	١٦٥
باب الصلح فى الدين	١٦٧
فصل فى بيان التخارج وغيره	١٦٩
كتاب المضاربة	١٧٠
باب المضارب	١٧٤
فصل فيما يفعله المضارب	١٧٧
كتاب الوديعة	١٧٩
كتاب العارية	١٨٢
كتاب الهبة	١٨٤
باب الرجوع فى الهبة	١٨٧
فصل فى بيان أحكام الهبة بالشرط والاستثناء وغيرهما	١٨٩
كتاب الاجارة	١٩٠
باب ما يجوز من الاجارة وما يكون	

خلافا

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

	صحيفة
خلافا فيها	١٩٣
باب الاجارة الفاسدة	١٩٦
باب ضمان الاجير	٢٠٠
باب فسخ الاجارة	٢٠٣
كتاب المكاتب	٢٠٦
باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله	٢٠٨
فصل فى كتابة المدبر وأم الولد وغيرهما	٢١٠
باب كتابة العبد المشترك	٢١٢
باب عجز المكاتب وموته وموت المولى	٢١٤
كتاب الولاء	٢١٦
فصل فى بيان ولاء المعاقدة	٢١٧
كتاب الاكراه	٢١٨
كتاب الحجر	٢٢١
فصل فى بيان حد البلوغ	٢٢٥
كتاب المأذون	٢٢٦
كتاب الغصب	٢٣٠
فصل فى تصرفات الغاصب فى المغصوب وغيره	٢٣٤
كتاب الشفعة	٢٣٧
باب طلب الشفعة	٢٣٩
باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب	٢٤٣
باب ما تبطل به الشفعة	٢٤٤
كتاب القسمة	٢٤٦
كتاب المزارعة	٢٥٢
كتاب المساقاة	٢٥٤
كتاب الذبائح	٢٥٥
فصل فيما يحل أكله وما لا يحل	٢٥٩
كتاب الاضحية	٢٦١
كتاب الكراهية	٢٦٤
فصل فى الاكل والشرب	٢٦٥
فصل فى اللبس	٢٦٧
فصل فى النظر والمس	٢٦٨

	صحيفة
فصل فى البيع	٢٧١
كتاب احياء الموات	٢٧٦
مسائل الشرب	٢٧٨
كتاب الاشربة	٢٨٠
كتاب الصيد	٢٨٣
كتاب الرهن	٢٨٦
باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز	٢٨٩
باب الرهن يوضع على يد عدل	٢٩٢
باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره	٢٩٤
فصل فى بيان تغير الرهن وزيادته وغيرهما	٢٩٧
كتاب الجنايات	٢٩٨
باب ما يوجب القود وما لا يوجب	٣٠٠
باب القصاص فيما دون النفس	٣٠٤
فصل فى الصلح وغيره	٣٠٦
فصل فى تعدد الجناية	٣٠٧
باب الشهادة فى القتل	٣٠٩
باب اعتبار حالة القتل	٣١٠
كتاب الدية	٣١١
فصل فى بيان ديات الاطراف	٣١٢
فصل فى بيان أحكام الشجاج	٣١٤
فصل فى بيان أحكام الجنين	٣١٧
باب ما يحدثه الرجل فى الطريق	٣١٨
فصل فى الحائط المائل	٣٢٠
باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك	٣٢١
باب جناية المملوك والجناية عليه	٣٢٤
فصل فى بيان ما يجب بقتل العبد	٣٢٧
باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك	٣٢٩

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY

	صحيفة		صحيفة
باب القسامة	٣٣١	باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة	٣٤٨
كتاب المعاقل	٣٣٤	باب وصية الذمى	٣٤٩
كتاب الوصايا	٣٣٦	باب الوصى	٣٥٠
باب الوصية بثلث المال	٣٣٨	فصل فى الشهادة	٣٥٢
باب العتق فى المرض	٣٤٤	كتاب الخنثى	٣٥٣
باب الوصية للاقارب وغيرهم	٣٤٦	كتاب الفرائض	٣٦٤

(تمت)

Digitized by Google

Original from
INDIANA UNIVERSITY